Die rechtliche Natur des Staatsdienstes.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Henryk Ignacy Łasiński

Referendar.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1913.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Brie.
Korreferent: Professor Dr. Gretener.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Geschichtliche Entwicklung des Staatsdienertums und der wissenschaftlichen Auffassung des Staatsdienerverhältnisses 2

II. Umfang und Inhalt des Staatsdienstbegriffes 11

III. Begründung des Staatsdienstverhältnisses.

a) Der Vertrag zwischen Staat und Diener 18

b) Die Anstellung im positiven Recht 25

IV. Der Inhalt des Staatsdienstverhältnisses.

a) Die rechtliche Natur des Gewaltverhältnisses 33

b) Elemente des Staatsdienstes.

1. Das Amtsverhältnis 50

2. Elemente des Gewaltverhältnisses.

A. Das Disziplinarstrafrecht 55

B. Rechte des Beamten 56

C. Pflichten 60

Literaturverzeichnis.

Arndt, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 1901.

Bluntschli, Allgemeine Staatslehre. 6. Aufl. 1886.

Bornhak, Preußisches Staatsrecht. Bd. 2 1. Aufl. 1889 u. 2. Aufl. 1912.

Brand, Das Reichsbeamtengesetz. 2. Aufl. 1907.

Dissertationen:

Begemann, Die rechtliche Natur des Eintritts in den Reichsstaatsdienst. Münster i. Westf. (Borna-Leipzig) 1906.

Cassirer, Die rechtliche Natur des Eintritts in den Staatsdienst. Breslau (Borna-Leipzig) 1906.

Stepkes, Die Beziehungen zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht in Anwendung auf das Dienstverhältnis der Staatsbeamten. Leipzig 1908.

Fölsche, Das Ehrenamt in Preußen und im Reiche. (Abhandl. aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, herausgegeben von Brie und Fleischmann, Heft 25.) Breslau 1911.

Gareis, Allgemeines Staatsrecht. In Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts 1883 Bd. 1, 1.

Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts. 3. Aufl. 1880.

Gönner, Der Staatsdienst. 1808.

Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1905.

Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches. Bd. 1. 5. Aufl. 1911.

Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1884.

Mayer, Otto, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage. Im Archiv für öffentliches Recht Jahrg. 1888.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht 1896 Bd. 2.

Meyer, Georg, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 6. Aufl. Bearbeitet von Anschütz. 1905.

Perthes, Der Staatsdienst in Preußen. 1838.

Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht. Teil 1 u. 2. In Hirths Annalen Jahrg. 1884/85.

Rehm, Allgemeine Staatslehre. Im Handbuch des öffentlichen Rechts 1899 Einl.-Bd.

v. Rheinbaben, Die preußischen Disziplinargesetze. 2. Aufl. 1911.

Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. 5. Aufl., bearbeitet von Zorn. 1899.

Rosin, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung. In Hirths Annalen Jahrg. 1883.

Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Teil 1. 1881.

Schulze, Das preußische Staatsrecht. 2. Aufl. 1888.

Seuffert, Von den Verhältnissen des Staats und der Diener des Staats. 1793.

Stein, Verwaltungslehre. Teil 1. 1869.

Triepel, Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf. In der Festschrift für Carl Binding 1911 Bd. 2.

Zachariae (Heinrich Albert), Deutsches Staats- und Bundesrecht. 3. Aufl. 1867.

Zorn, Das Staatsrecht des deutschen Reiches. 2. Aufl. 1895.

Einleitung.

Staatsdienst ist ein dem Staate zu leistender bezw. geleisteter Dienst. Darin liegt dem grammatikalischen Wortsinne nach ein doppeltes: ein Zustand und eine Tätigkeit.[1]) Dienste sind von verschiedenen Gesichtspunkten aus bewertbar und gehören dementsprechend auch verschiedenen Wissensgebieten an. Insbesondere auch der Nationalökonomie. Wenn man z. B. das Werk Gönners über den Staatsdienst in die Hand nimmt, so findet man diesen Gesichtspunkt sehr klar durchgeführt. Für die Nationalökonomie sind die Dienste ein Wertobjekt auf dem Wirtschaftsmarkte, das verkauft, vertauscht wird usw. Das Recht dagegen hat zur Aufgabe die Regelung von Willensbeziehungen.[2]) Nicht daß Dienste geleistet werden, ist hier Objekt der Erkenntnis, sondern warum sie geleistet werden. Das Rechtsgebiet zerfällt nun in zwei große Gruppen: in das öffentliche und in das Privatrecht. Beiden Gebieten gehören Dienste als Willensbeziehungen an. Innerhalb der beiden Rechtsgebiete unterscheiden sich die einzelnen Rechtsverhältnisse nach Art ihrer Begründung und ihres Inhalts. Wenn man eine wissenschaftliche Untersuchung vornehmen will, welche Rechtsbegriffe zum Gegenstande hat, so muß man sich vergegenwärtigen, daß das Recht selbst nicht etwas empirisch Gefundenes darstellt. Der Rechtssatz in der Fassung, welche er in der Gegenwart hat, mußte vielmehr eine historische Entwicklung durchlaufen, ohne deren Kenntnis auch das innere Wesen des Rechtssatzes selbst unerforschlich bleibt. Schöpfer des Rechts ist in erster Linie der Staat. Andere Rechtsquellen bedürfen in der Regel der Anerkennung seitens des Staats, wie Gewohnheitsrecht, Autonomie,

---

[1]) Rehm Teil 1 S. 565 ff.

[2]) vgl. Rehm a. a. O.

Kirchenrecht. Der Wissenschaft kommt die Aufgabe zu, die einzelnen Rechtsinstitute zu systematisieren und in ihrem inneren Zusammenhange zu erfassen. Somit ist Quelle jeder Forschung, soweit sie die Erkenntnis eines bestehenden Rechtsbegriffs zum Gegenstande hat, stets das objektive Recht: kein wissenschaftlicher Satz, der nicht mit dem positiven Recht im Einklang stände!

I. Geschichtliche Entwicklung des Staatsdienertums und der wissenschaftlichen Auffassung des Staatsdienerverhältnisses.

Die Entwicklung des Staatsdienertums hängt eng zusammen mit der Entwicklung des Staatsbegriffs überhaupt, oder wie Lorenz v. Stein es ausdrückt, „das Prinzip des Staatsdienerrechts ist ... innig mit der Entwicklung der Staatsidee verflochten".[1]) Ein fest gefügtes Staatsgebilde trat den Germanen zuerst entgegen zur Zeit der Völkerwanderung durch die Berührung mit dem römischen Imperium. Durch diese Berührung fand die „Herrschaftsidee", wie Begemann[2]) ausführt, gegenüber dem bisherigen Genossenschaftsverbande der alten Völkerschaften eine mächtige Stütze und führte zur Entstehung des herrschaftlichen Königtums, wie es uns namentlich im Reiche der Franken entgegentritt. Ist somit auch eine wesentliche Voraussetzung für die Entwicklung eines Beamtentums dadurch gewonnen, daß überhaupt ein festgefügtes Staatsgebilde vorliegt, so ist es doch nicht angebracht, in dieser Zeit schon die Ursprünge unseres heutigen Beamtentums zu suchen. Wenn Begemann in den Würdenträgern der Völkerschaften des ersten Jahrhunderts nach Christo, den reges und principes, „Beamte"[3]) dieser Genossenschaften, findet, so darf man nicht an den heute damit verbundenen Begriff denken, denn ein dem modernen Staate entsprechender Staatsbegriff fehlte der damaligen Zeit voll-

---

[1]) Cassirer S. 1.
[2]) Begemann (Diss.) S. 6ff.
[3]) Begemann (Diss.) S. 6.

ständig. Die Organe dieser Genossenschaften und auch die „Beamten“ in den ersten Zeiten der fränkischen Monarchie haben auf die spätere Entwicklung keinen Einfluß, beanspruchen also lediglich historisches Interesse. Zwei Institutionen, die gerade für das Mittelalter charakteristisch sind, die Ministerialität und die Vassalität, in ihrer Zusammenwirkung im Lehnswesen, bemächtigen sich des Beamtentums und halten es lange Zeit hindurch in ihrem Banne. In den Marken hat, wie Bornhak[1]) ausführt, diese Entwicklung eine Ämterorganisation vernichtet, die der eines Militärstaates am ehesten vergleichbar war. Die Entwicklung des Lehnswesens geht von der Auffassung des Königtums als einer Herrschaft über das Staatsgebiet aus. Es war die Erscheinung der „Verdinglichung der Herrschaftsverbände“,[2]) die an die Stelle des Subordinatsprinzips den patrimonialen Charakter des Königtums setzte. Diese Verdinglichung alles öffentlichen Rechts umfaßte bald das ganze Staatsrecht der damaligen Zeit: „Jedes staatliche Hoheitsrecht ist privatrechtlicher Besitz“.[3]) „Die Landeshoheit selbst ... ist aber auch nur ein Aggregat nach den Grundsätzen des Privatrechts zu beurteilender Befugnisse.“[4]) Was von der Landeshoheit im ganzen gilt, übertrug sich auch auf die in ihr enthaltenen Amtsrechte. Die Ämter wurden verpachtet, und der Ämterschacher bildete für die Finanzkunst der damaligen Zeit eine wesentliche Einnahmequelle des Staats.[5]) Mit dieser Entwicklung Hand in Hand ging eine zweite, die auch für das Beamtenverhältnis von Bedeutung wurde. Nachdem vorübergehend das Stammesherzogtum der in der Verdinglichung der Herrschaftsgewalten liegenden Dezentralisierung der Staatsgewalt hindernd in den Weg getreten war, trat mit dessen Sturz im Jahre 1180 die weitere Festigung der territorialen Gewalten ein, die ihre reichsgesetzliche Anerkennung fand im Jahre 1232 durch das statutum in favorem principum. Von jetzt ab geht die Entwicklung des Beamtentums im Reiche

[1]) Bornhak (1889) S. 2.
[2]) vgl. Begemann (Diss.) S. 10.
[3]) Bornhak (1889) S. 4.
[4]) Bornhak a. a. O.
[5]) Loening S. 111.

und in den Einzelstaaten ihre eigenen Wege. Während die Landeshoheit auf dem Prinzip des Lehnswesens erwachsen war, suchten nunmehr die Fürsten, um in ihren Landen einer ähnlichen Entwicklung wie im Reiche vorzubeugen, mit dem Prinzip des Lehnswesens aufzuräumen. Eines der wirksamsten Mittel war hierbei die Schaffung eines landesherrlichen Beamtentums, dessen Glieder „nur Diener des Landesherrn waren und nur seine Befehle auszuführen hatten".[1]) Im Reiche griff eine ähnliche Tendenz Platz, ja das Reich ging in der Entwicklung eines wahren Staatsdienertums den Einzelstaaten voran. Wie Rehm[2]) ausführt, wurde schon durch den Reichstagsabschied von Mainz im Jahre 1235 ein ständiger Hofrichter eingesetzt, der zum ersten Male den Bruch mit dem Prinzip der Ministerialität und Vassalität bekundete. Die weitere Stufe der Entwicklung und „den vollständigen Bruch mit dem Prinzip lehnrechtlicher Übertragung"[3]) haben die Ordnungen des Kaiserlichen Kammergerichts seit 1495 vollzogen. Das Reich ging den Einzelstaaten aber auch darin voran, daß dort die Verhältnisse der Staatsdiener von vornherein gesetzlich geregelt wurden. Im Gegensatz dazu haben sich die Rechtsverhältnisse der Landesstaatsdiener Jahrhunderte lang nur auf „gewohnheitsrechtlichem Wege entwickelt",[4]) indem die Bestallungspatente nach und nach „einen stereotypen Inhalt"[5]) erhielten. Theoretisch waren allerdings nur die Reichsdiener wahre Staatsdiener, denn nur das Reich war ein Staat. Trotzdem liegt der Schwerpunkt der Entwicklung von nun an gerade in den Einzelstaaten, während das Reich trotz aller Reformen mehr und mehr seiner Auflösung entgegenging. Das Verhältnis des Dieners zum Staat bezw. zum Fürsten ist der damaligen Auffassung entsprechend durchaus privatrechtlicher Natur: „Gegen den festgesetzten Lohn verpflichteten sich die Beamten zu bestimmten Leistungen, sei es für eine Reihe von Jahren, sei es auf un-

---

[1]) Loening S. 109.
[2]) Rehm Bd. 1 S. 569 ff.
[3]) Rehm Bd. 1 S. 570.
[4]) Rehm Bd. 1 S. 574.
[5]) Rehm a. a. O.

bestimmte Zeit".[1]) Wenn Loening meint, daß die Leistungen, wenn auch auf privatrechtlicher Grundlage beruhend, „öffentlich-rechtliche"[2]) waren, so entspricht es nicht der Auffassung der damaligen Zeit. Das „öffentlichrechtliche Moment", das Loening darin findet, daß die getreue Erfüllung der Amtspflichten von den Beamten beschworen wurde, kann man mit Bornhak nicht für entscheidend ansehen, „da das Mittelalter auch die Beschwörung privatrechtlicher Verpflichtungen als wirksame religiöse und rechtliche Verstärkung der Verbindlichkeit liebt".[3]) Das Verhältnis der bisherigen privaten Diener des Fürsten mußte sich ändern mit der Entstehung des absolutistischen Staates nach den Zeiten des 30jährigen Krieges. Die Dienste, die nunmehr dem Fürsten geleistet wurden, galten, da sich in der Person des Fürsten die Staatsgewalt selbst verkörperte, durch ihn als dem Staate selbst geleistet. Allen voran ging hier die Praxis der großen preußischen Könige, besonders Friedrich Wilhelms I. „So ward der preußische Beamtenstand ein Vorbild für die anderen deutschen Staaten."[4]) Andererseits war das Beamtentum durch seine Bedeutung für die Festigung der Staatsgewalt zum mächtigsten Stande geworden, der seinerseits den absolutistischen Tendenzen des Monarchen gegenüber seine Rechte durchzusetzen suchte. Vor allem galt der Kampf der Willkür des Königs in der Entlassung und der Festsetzung der Besoldung.[5]) Die Kodifikationen trugen diesen berechtigten Wünschen Rechnung, vor allem schon die erste im allgem. Landrecht Teil II Titel 10. Diese sprach den Gedanken aus, der seitdem „zum unverlierbaren Besitz und eisernen Bestand der Wissenschaft wie auch der deutschen Gesetzgebungen des 18. und 19. Jahrhunderts"[6]) geworden ist, daß nämlich richterliche Beamte nur bei den vorgesetzten Gerichten und Landeskollegien ihres Amts entsetzt werden könnten, andere Beamte nach einem kontradiktorischen Verfahren durch

---

[1]) Loening S. 109.
[2]) Loening a. a. O.
[3]) Bornhak (1889) S. 7.
[4]) Loening S. 112.
[5]) vgl. dazu Bornhak (1889) S. 20.
[6]) Begemann (Diss.) S. 16.

Staatsratsbeschluß. Die Kodifikation des Beamtenrechts im neuen Deutschen Reich erfolgte durch Gesetz v. 31. 3. 1873, ergänzt durch die Novelle v. 18. 5. 1907, das „materiell als Ausdruck und Zeugnis des allgemeinen deutschen Rechtsbewußtseins der Gegenwart“ [1]) betrachtet werden kann.

Den Anstoß zu wissenschaftlicher Ergründung des Staatsdienerverhältnisses gab die im 17. Jahrhundert auftauchende Frage, ob der Fürst berechtigt sei, den Diener ohne Ursache, also nach reiner Willkür seines Dienstes zu entlassen.[2]) Für die Entscheidung dieser Frage gebrach es in den Territorialstaaten an einer gesetzlichen Bestimmung, während für das Reichsrecht die Voraussetzungen, welche zur Entlassung des Staatsdieners berechtigten, und das hierbei zu beobachtende Verfahren durch die Kammergerichtsordnungen festgelegt waren.[3]) Die wissenschaftliche Literatur über diese Frage hat anfangs demgemäß den Charakter von „Parteischriften“.[4]) Als die Wissenschaft an die Lösung dieser Streitfrage ging, war das freie Entlassungsrecht des Fürsten bereits allgemein anerkannt. Wie die Verhältnisse gerade im preußischen Staate lagen, sagt Rehm[5]) mit den Worten: „Gegen den Königlichen Bescheid: soll platt kassiert werden! war an keinen Widerspruch oder Rechtsweg zu denken“. Eben durch diese Zustände war die Frage zu einer so brennenden geworden, und der Wissenschaft fiel hier in Ermanglung einer anderen Rechtsquelle die Aufgabe des Schiedsrichters zu. Die Antwort nun, die die Wissenschaft gab, war am Anfang der Entwicklung eine andere als an deren Ende. Nachdem man anfangs den tatsächlichen Zustand der freien Entlaßbarkeit auch wissenschaftlich begründet hatte, brach sich allmählich die gegenteilige Anschauung Bahn, welche die Gebundenheit des Fürsten feststellte. Besonders gefördert wurde diese Anschauung durch die Theorie des 18. Jahrhunderts, ins-

---

[1]) Schulze, Deutsches Staatsrecht S. 315.
[2]) vgl. Bornhak (1889) S. 13f. und Rehm Bd. 1 S. 576ff.
[3]) Das Nähere s. Rehm Bd. 1 S. 576/77.
[4]) Bornhak (1889) S. 13.
[5]) Rehm Bd. 1 S. 577.

besondere die Schriftsteller des Reichskammergerichts,[1]) während der Reichshofrat sich bis zu Ende zur entgegengesetzten Ansicht bekannte.[2]) Die Auffassung, daß der Beamte nicht willkürlich aus seinem Dienst entlassen werden könne, gipfelte in der Privilegientheorie Malacords, welche dem Beamten, ein jus quaesitum auf das Amt zusprach und „als die herrschende communis opinio doctorum des 18. Jahrhunderts betrachtet werden“ [3]) kann. Die deutsche Wissenschaft des Staatsrechts, „welche bei Auftreten dieser Fragen kaum entstanden war“,[4]) lehnte sich anfangs an die ausländische Lehre an. Die Frage, ob der Diener frei entlassen werden könne, fand dort zwei verschiedene Beantwortungen.[5]) Die eine, die dura sententia, stellte sich auf den krassen Standpunkt des positiven Rechts und gestand dem Fürsten ein freies Entlassungsrecht zu. Die mildere Anschauung bezeichnet die Ausübung dieses Rechts als „unbillig, moralisch und politisch verwerflich“. Darin liegt schon, daß diese Anschauung sich nicht auf Rechts-, sondern auf Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründe stützt. Der Jurist Antonius de Petra führt dafür an, daß sich hier in gleicher Weise wie bei der Ehe ein Einfluß des öffentlichen Rechts geltend mache, der die privatrechtliche Willensfreiheit beschränke. Leider wurde, wie Rehm[6]) bezeugt, gerade dieser Gedanke, „von welchem aus am ersten ein Übergang zu einer richtigen Erkenntnis vom Wesen des Dienstverhältnisses möglich gewesen wäre“, von der deutschen Wissenschaft nicht mit übernommen. Von der einseitigen Beurteilung des pro und contra in dieser Frage ging man über zur Erforschung der Natur des unterliegenden Verhältnisses, das man als einen Vertrag erkannte. Trotzdem hielt die Kontroverse, die den Ausgangspunkt gebildet hatte, noch jetzt die Schriften in ihrem Banne, so daß sich die Frage lediglich dahin verschoben hatte, ob „Aufkündbarkeit oder Unauf-

---

[1]) vgl. Schulze, Deutsches Staatsrecht S. 311.
[2]) Loening S. 113.
[3]) Schulze a. a. O.
[4]) Rehm Bd. 1 S. 578.
[5]) vgl. zu folgendem Rehm Bd. 1 S. 578 ff.
[6]) a. a. O. S. 580.

kündbarkeit ein naturale dieses Kontraktes sei, ob ersteres oder letzteres im Zweifel gelte".[1]) Die Vertragstypen, deren man bedurfte, entnahm man der Auffassung der damaligen Zeit entsprechend dem römischen Recht, das jetzt nach seiner Rezeption machtvoll alle privatrechtliche Anschauung eroberte und, nachdem gerade das unbestritten deutschrechtliche Institut des Lehnswesens, das bisher das Ämterwesen beherrscht hatte, untergegangen war, um so mehr als das geeignete Mittel zur Erkenntnis des Dienstverhältnisses erscheinen mußte.[2]) Im Laufe der Zeit wurden die verschiedensten Vertragstypen zur Erklärung herbeigezogen, ohne daß einer von ihnen eine befriedigende Lösung gebracht hätte. „Der eine stürzt den auf Sand gegründeten Bau des anderen, um allsobald ein ähnliches Gebäude auf gleichem Sande zu errichten",[3]) so schildert Begemann treffend diese Entwicklung. Es genügt hier, die einzelnen Vertragstypen zu bezeichnen, da sie für die weitere Forschung kaum irgendwelchen Ertrag gebracht haben. Man ging vom precarium[4]) aus. Da dieses die Besoldung nicht erklären konnte, nahm man Dienstmiete an. Damit war der Begriff des Staatsdienstes als nicht zu den operae illiberales gehörig unvereinbar, weshalb man jetzt ein Mandatsverhältnis annahm. Das Unzureichende dieses Kontraktes führte zur Erklärung durch die „nichtssagende Formel"[5]) des Innominatkontraktes. Ein einziger, der ebenfalls in diese Kategorie der Romanisten gehört, allerdings der Epigone einer späteren Zeit, Meisterlin, ging seine eigenen Wege und zeitigte Gedanken, die für die spätere Forschung von bleibendem Werte waren. Ihm verdanken wir den noch heute lebendigen Gedanken der Unterscheidung zwischen Staatsamt und Staatsdienst. Allmählich brach sich die Erkenntnis Bahn, daß man es hier mit einem rein deutschrechtlichen Rechtsverhältnis zu tun habe, das mit den Mitteln des römischen Rechts überhaupt nicht zu erklären sei. Damit hatte man ent-

---

[1]) Rehm Bd. 1 S. 583.
[2]) vgl. Begemann (Diss.) S. 19.
[3]) vgl. Begemann (Diss.) S. 27.
[4]) vgl. Bornhak (1889) S. 13 f.
[5]) Laband S. 439.

schieden einen richtigen Weg beschritten, „denn wie nicht leicht ein anderes Rechtsinstitut in Deutschland hat sich der Staatsdienst unabhängig von fremdländischem Einfluß aus deutscher Rechtsauffassung herausgebildet".[1]) Voran ging auf diesem Wego Seuffert im Jahre 1793 in seinem Werke „Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats", der einen eigenen, wie ihn Rehm nennt, „Anstellungsvertrag" konstruierte. Ihm folgte noch in demselben Jahre van der Becke, dessen Theorie vom Dienstvertrag sich bis fast in die Mitte des 19. Jahrhunderts fort erhalten hat.[2]) Es waren keine schon vorhandenen Vertragstypen, die diesen Konstruktionen zugrunde lagen, vor allem auch Erwägungen rein vernunftmäßiger Natur spielten hier eine wesentliche Rolle. Interessant ist gerade das Bekenntnis Seufferts[3]): „Einen Namen kann ich diesem Vertrage nicht geben, aber ich denke, wenn alle Bestandteile desselben sich deutlich entwickeln lassen, so sei ein besonderer Vertrag nicht nötig". Es ist noch zu erwähnen, daß van der Beckes Ansicht noch Anhänger hatte, als bereits die staatsrechtliche Natur des Staatsdienstes ihre wissenschaftliche Begründung gefunden hatte. Die deutschrechtliche Auffassung des Verhältnisses bedeutete jedenfalls noch keinen Bruch mit dem Privatrecht, wenn auch staatsrechtliche Gedanken vielfach jetzt hineinspielten. Die Ansicht Loenings,[4]) daß die Auffassung des Beamtenverhältnisses als eines öffentlichrechtlichen zwischen dem Staat und dem Beamten schon bei Seuffert durchgeführt sei, ist danach als richtig nicht anzuerkennen. Der Bruch mit der privatrechtlichen Auffassung geschah erst 1808 durch Gönners Werk „Der Staatsdienst". Er wurde den veränderten Anschauungen, die sich in den Kodifikationen, insbesondere dem allgem. Landrecht und der Rechtsprechung vollzogen hatten,[5]) gerecht und brachte die wissenschaftliche Forschung damit in Einklang. So bedeutsam auch Gönners Lehre für die Ent-

[1]) Rehm Bd. 2 S. 66.
[2]) Rehm Bd. 1 S. 628.
[3]) Seuffert S. 26/27.
[4]) Loening S. 113.
[5]) s. darüber Rehm Bd. 1 S. 600f.

wicklung der Staatsdienstauffassung ist, so wurde doch auch schon angedeutet, daß seine Gedanken nicht völlig neuartig sind. Von den Vertretern der deutschrechtlichen Auffassung, insbesondere von van der Becke wurde die staatsrechtliche Seite in dem Beamtenverhältnisse wiederholt und auffallend treffend hervorgehoben. Dies gilt nicht weniger von Meisterlin, der noch der römischen Schule angehörte. Selbst bei den Vertretern der älteren Zeit finden sich öfters Andeutungen, die erkennen lassen, daß der öffentlichrechtliche Charakter des Staatsdienstes ihnen nicht verborgen blieb. Gönners Lehre unterscheidet sich von der bisherigen darin, daß er die staatsrechtliche Auffassung für die maßgebende erklärte und das ganze Verhältnis rein aus staatsrechtlichen Gesichtspunkten heraus beurteilte. Seine Auffassung gipfelt in dem Satz: „Staatsdienste gehören zum öffentlichen Recht und müssen nach der Natur des Staates aus sich selbst ohne Einmischung privatrechtlicher Normen beurteilt werden".[1]) Damit hat Gönner den öffentlichrechtlichen Gesichtspunkt, von dem allein eine Erkenntnis des Staatsdienstes möglich ist, als erster richtig erkannt. Die Art und Weise freilich, wie Gönner im einzelnen seine Lehre ausbaut, kann nicht immer Zustimmung finden. Allgemein verworfen ist heute die Grundlage des Staatsdienstes bei Gönner, die dieser in einer allgemeinen Untertanenpflicht, in einem „staatlichen Zwangsrecht" findet. Sie war nach Rehm[2]) der Grund dafür, „daß die privatrechtlichen Theorien sich nicht bloß erhielten, sondern sogar erweiterten". Gönner[3]) verwirft ferner auf dem Gebiete des Staatsrechts den Vertragsbegriff überhaupt und kommt so zur Annahme eines einseitigen Staatsaktes als Begründungsakt. Gönners Lehre wird mit einigen Modifikationen vertreten und weiter ausgebaut von K. S. Zachariae, Heffter und Perthes. Letzteres Werk hat einen vorwiegend politischen Charakter und berechtigt Zorn wegen seines ethischen Gehaltes zu dem Wunsche, es möge „das vademecum jedes Beamten bilden".[4]) Neben

[1]) Gönner S. 143.
[2]) Rehm Bd. 1 S. 651.
[3]) vgl. dazu Rehm Bd. 1 S. 632ff. und Begemann (Diss.) S. 42ff.
[4]) Zorn S. 293 Anm. 16.

diesen Lehren geht einher diejenige vom staatsrechtlichen Vertrag, begründet von Schmitthenner und vertreten neuerdings besonders von Laband. Dieser neueren Theorie gebührt das Verdienst,[1]) das ganze Verhältnis wieder auf eine einheitliche Grundlage gebracht zu haben, nachdem Gönners nächste Nachfolger, insbesondere H. A. Zachariae, zwei verschiedene Begründungsarten für dasselbe Verhältnis angenommen hatten, nämlich einen privatrechtlichen Vertrag neben einem einseitigen Staatsakt.[2]) Eine „Abspaltung" der Lehre vom staatsrechtlichen Vertrage nennt Begemann[3]) die Theorie Rehms vom gemischten Vertrage, nämlich einem einheitlichen Vertrage, der seiner Natur nach gleichzeitig auch privatrechtliche Wirkungen hervorbringt. Die herrschende Lehre nimmt freilich auch heute einen einseitigen Staatsakt als alleinige Begründungsform an.

II. Umfang und Inhalt des Staatsdienstbegriffes.

Der Staatsdienst wird charakterisiert als der Gegensatz zu zwei anderen Rechtserscheinungen: Dem Untertanendienst und dem Dienst auf Grund eines privatrechtlichen Dienstvertrags.[4]) Ein Dienstverhältnis liegt aber auch hier vor, und es besteht unsere Aufgabe demnach jetzt darin, die Eigenheiten gerade dieses Verhältnisses gegenüber den beiden übrigen aufzudecken. Der Diener, der sich privatrechtlich verpflichtet zur Leistung von Diensten, tut dies im eigenen Interesse, der Staatsdiener im Interesse des Staats: „Es muß sich bei den Funktionen des Beamten immer handeln um Geschäfte des Staats, um ein Stück des staatlichen imperium".[5]) Danach erhellt, daß das Rechtsgeschäft dem öffentlichen Recht zuzuweisen ist nach einer uralten Erkenntnis, die schon Ulpian aussprach: publicum jus est, quod ad statum rei publicae spectat. Also

[1]) s. Rehm S. 679ff.
[2]) vgl. Bornhak S. 16.
[3]) Begemann (Diss.) S. 48.
[4]) Laband S. 432.
[5]) Zorn S. 294. Diese Äußerung hat jedoch nur, soweit sie sich auf den Zweck des Verhältnisses bezieht, Berechtigung; vgl. weiter unten.

eine öffentliche Dienstpflicht. Otto Mayer[1]) sagt nun: „Die öffentliche Dienstpflicht ist die öffentlichrechtliche Pflicht eines Untertanen, mit persönlicher Hingabe dem Staat eine bestimmte Art von Tätigkeit zu leisten". Insoweit basiert sie auf dem reinen Untertanenverhältnis, und kraft seiner Herrschergewalt zieht der Staat den Untertan zur Leistung von Diensten heran, durch deren Erfüllung dieser an der Ausführung von Staatsaufgaben tätigen Anteil nehmen soll. Beispiele dafür bieten vor allem der Schöffen- und Geschworenendienst, der Dienst des seiner Wehrpflicht nachkommenden Soldaten. Aber weil es sich hier um Untertanendienst handelt, erfolgt seine Leistung nicht freiwillig, sondern gezwungen. Im Gegensatz dazu ergibt sich als weiteres Merkmal des Staatsdienstes die Freiwilligkeit.[2]) Das folgt aus der Natur des Verfassungsstaates, denn „der Verfassungsstaat läßt, mangels einer gesetzlichen Grundlage, einen solchen einseitigen Eingriff in die Freiheit nicht zu".[3]) Wir haben schon oben bei Gönner[4]) gesehen, daß die Auffassung der Wissenschaft über diese Frage früher eine andere gewesen ist. Schon vor Gönner hat Seuffert angenommen, „daß jedes Staatsmitglied zum Dienste des Staates vollkommen verbunden sei".[5]) Seuffert findet diese Pflicht begründet „in dem ausdrücklichen oder besonderen Vertrage, welchen jeder einzelne mit allen oder dem ganzen Staate dahin eingeht, daß er sich anheischig macht, für die gemeinsamen Vorteile, welche der Staat gewährt, zur Erhaltung desselben nach Kräften mitzuwirken".[6]) Gönner kommt zu dem gleichen Resultat in der Erwägung, „daß Staatsdienste unter den Gesetzen der Finanzwissenschaft stehen".[7]) Für Gönner macht „die Summe der im Staat konzentrierten Kräfte den Fond aus, woraus der Regent

---

[1]) Otto Mayer, VerwR. S. 195.

[2]) In der Literatur allgemein anerkannt, selbst von Bornhak, der im übrigen recht wenig Freiheit innerhalb des öffentlichen Rechts zuläßt.

[3]) Otto Mayer S. 220.

[4]) s. oben S. 10.

[5]) Seuffert S. 9.

[6]) Seuffert S. 18.

[7]) Gönner S. 51.

das Staatsbedürfnis zu bestreiten das Recht hat".[1]) Dabei besteht kein Unterschied, ob es sich um höhere oder niedere Dienste handelt, denn „bei besonderen Diensten ruht dieser Fond in den hierzu vorhandenen besonderen Kräften der damit begabten Untertanen".[2]) Aus diesem Zwang auch zu besonderen Diensten folgt andererseits als Gegenleistung die Besoldung dieser Kategorie von Staatsdienern: „Nur fordert die Erhaltung der rechtlichen Gleichheit, daß jener Untertan, dessen besondere Kräfte zur Ausfüllung des Staatsbedarfs beigezogen werden, aus dem allgemeinen Fond für dasjenige, was er mehr als andere beiträgt, seine Entschädigung erhalte".[3]) Die heutige Wissenschaft hat diese Auffassung eines staatlichen Zwangsrechts aufgegeben, ohne seine Möglichkeit durchaus zu leugnen, vielmehr ist dies sogenannte jus eminens auf den Fall eines Notstandes beschränkt „und kann nie auf die Übernahme eines Staatsdienstes als Lebensberuf bezogen werden".[4]) Andererseits führt der Begriff des Beamten selber notwendig auch auf den Begriff des Amtes. Insofern es sich bei dem Amt um Erfüllung staatlicher Aufgaben handelt, sind auch der Schöffe, der Geschworene sowie der in Erfüllung der Wehrpflicht Dienstleistende Inhaber von Ämtern. Es gibt nun ferner eine Kategorie von Beamten, deren Dienstpflicht, die gleichfalls nur auf dem Untertanenverhältnis ruht, sich nicht nur in der Erfüllung einer Amtspflicht erschöpft, wie beim Schöffen und bei dem Soldaten, sondern die vielmehr, wenigstens scheinbar, eine reelle Staatsdienstpflicht auf sich nehmen. Es sind dies die sogen. Ehrenbeamten, wie sie vor allem die „Selbstverwaltungsordnungen"[5]) in Preußen kennen. So besteht in Preußen für die Kreisangehörigen die Pflicht, das Amt eines Mitglieds des Kreisausschusses oder das Amt eines Amtsvorstehers anzunehmen. Ihre Stellung ähnelt in vieler Beziehung derjenigen der Staatsbeamten, so insbesondere was strafrechtlichen Schutz, Titel und

---

[1]) Ders. S. 56.
[2]) Ders. a. a. O.
[3]) Ders. S. 57.
[4]) Zachariae S. 30.
[5]) Nach dem Ausdruck von Otto Mayer, VerwR. S. 209.

disziplinarische Behandlung betrifft.[1]) Das Gesetz stellt eine Rechtspflicht zur Aufnahme auf und bedroht die Nichterfüllung dieser Pflicht mit Nachteilen wie Geldstrafen und erhöhte Heranziehung zu Abgaben. Allein, genauer besehen, wird nicht die Dienstpflicht zwangsweise auferlegt, sondern ein Druck geübt, um die zur Entstehung der Dienstpflicht nötige Willenserklärung herbeizuführen.[2]) Das eben ist ein Unterschied gegenüber dem Dienst der Untertanen, daß zur Entstehung des Ehrenamtes die Willenserklärung des Betreffenden, bestehend in der Annahme des Amtes, erfordert wird. Die Freiwilligkeit der Übernahme hat somit der Dienst des Staatsbeamten mit dem des Ehrenbeamten gemein.[3]) Letztere werden deshalb vielfach mit dem Staatsbeamten identifiziert, so insbesondere auch von Laband.[4]) Es besteht jedoch zwischen beiden ein Unterschied, und dieser Unterschied beruht auf einer Erkenntnis, der wir schon oben[5]) begegnet sind, nämlich der Unterscheidung von Staatsamts- und Staatsdienstverhältnis, welche ein weiteres Merkmal für letzteres abgibt. Wir sahen schon, daß diese Unterscheidung zurückgeht auf Meisterlin[6]) und finden ihre Richtigkeit bestätigt, wenn wir den Dienst des Schöffen einerseits mit dem des Staats-

---

[1]) vgl. Loening S. 138ff.

[2]) Otto Mayer S. 210. Dies gilt für alle Ehrenämter ganz allgemein. Die Auffassung von Fölsche weicht von der hier vertretenen insofern ab, als dieser auch den Vormund und den Schöffen zu den Ehrenämtern zählt. Ein Ehrenamt liegt jedoch nur dort vor, wo es sich nicht um Erfüllung unmittelbar staatlicher Aufgaben, sondern zunächst um Teilnahme an der Selbstverwaltung einer öffentlichen Körperschaft handelt, welche erst mittelbar staatlichen Zwecken dient. Der Unterschied zeigt sich auch in den Folgen unbegründeter Ablehnung. Diese bestehen beim Ehrenamt in der Zurücksetzung in den Mitgliedschaftsrechten an der öffentlichen Körperschaft (Fölsche S. 128f.). Erst in zweiter Linie kommen Geldstrafen in Betracht, so bei den Organisationen des Handwerks, den Ämtern der Invaliden- und Unfallversicherung (Fölsche S. 130).

[3]) Wenigstens in der Regel; vgl. im einzelnen weiter unten Abschn. V b, 1.

[4]) vgl. Otto Mayer S. 202 Anm. Neuerdings hat allerdings Laband hier eine „Zwischenbildung" zwischen dem Dienst des Staatsbeamten und des Untertanen angenommen (s. Laband 5. Aufl. 1. Bd. S. 434).

[5]) s. Teil I gesch. Entw.

[6]) s. oben S. 8.

beamten andererseits in Parallele ziehen. Wir sehen die Tätigkeit des Schöffen in seinem Amte sich erschöpfen, so daß darüber hinaus eine Dienstpflicht nicht besteht. Andererseits finden wir Beamte, denen ein Amt noch nicht übertragen ist, wie z. B. Assessoren, die auf Anstellung warten und zeitweise aushilfsweise tätig sind oder Referendare.[1]) Andererseits finden wir, daß Beamte ihr Amtsverhältnis aufgeben können, ohne doch der Beamteneigenschaft verlustig zu gehen. Daraus ergibt sich, daß hier die Dienstpflicht unabhängig von der Amtspflicht bestehen kann. Anders der Ehrenbeamte: „Die Dienstpflicht, wenn einmal begründet, ist immer sofort auch aktive Dienstpflicht".[2]) Freilich ist auch der Zweck der Dienstpflicht des Staatsbeamten auf die Erfüllung einer Amtspflicht gerichtet. Wir werden das noch näher zu erörtern haben.[3]) Der Staatsbeamte im Amt genügt seiner Dienstpflicht: „Amtspflicht außer Zusammenhang mit einer Dienstpflicht gibt es nicht",[4]) wohl aber umgekehrt, wie wir sahen, eine Dienstpflicht außerhalb der Erfüllung einer Amtspflicht. Um das Verhältnis anschaulicher zu machen, möge Labands[5]) bekannter Vergleich hier Platz finden: „Die vertragsmäßige Dienstpflicht verhält sich zur wirklichen Amtsführung wie die gesetzliche Wehrpflicht zum aktiven Militärdienst oder wie die gesetzliche Gerichtspflicht zur effektiven Ausübung des Geschworenen- oder Schöffenamtes". Wir haben somit als Begriff des Staatsdienstes folgendes gefunden: Der Staatsdienst ist eine öffentliche Dienstpflicht, welche freiwillig eingegangen wird, aber nicht notwenig mit der Führung eines Amtes zusammenfällt. In der Literatur werden noch andere Merkmale als wesentlich für den Begriff des Staatsdieners angeführt:

Ein solches bildet die Berufsmäßigkeit des Staatsdienstes. Der Gedanke geht zurück auf Perthes,[6]) der in dem Berufs-

[1]) Die Beamteneigenschaft der Referendare leugnet Otto Mayer S. 232 Anm. 30.

[2]) Otto Mayer S. 212.

[3]) Vor allem gegenüber Zorn S. 292ff.

[4]) Otto Mayer S. 217 Anm.

[5]) Laband S. 441.

[6]) Perthes S. 44ff.

stande des Beamten die Gewähr dafür erblickte, daß der von echtem Standesgeist durchdrungene Beamte die Anschauungen und Wünsche des Volkes, die ihrerseits den Beamtenstand durchdrängen, in gerechter Weise vor dem Throne vertrete. Wir sehen, der Gedanke ist, wie die ganze Schrift,[1]) vorwiegend politischer Natur. Der Gedanke eines Berufsstandes des Beamten wurzelt in der geschichtlichen Entwicklung des Staatsdienstinstituts, denn „im politischen Kampfe gegen das absolutistische System des persönlichen Regiments, welches in den Beamten nur fürstliche Zivil- und Militärbediente erblickte, ist die Anerkennung dieses Grundsatzes errungen worden".[2]) Derselbe Gedanke wird von der neueren Wissenschaft teilweise rezipiert. So sagt Gerber[3]): „Wer in das Verhältnis eines Staatsdieners eintritt, widmet seine ganze Kraft der Arbeit für den Staat und erklärt diese für den Beruf seines Lebens". Doch hat der Gedanke, wie seine oben angedeutete Geschichte beweist, eine wenigstens vornehmlich politische Bedeutung. Für das positive Recht kann er nicht gelten, denn § 38 RBG. bezeugt das Gegenteil, wenn er von Beamten spricht, „deren Zeit und Kräfte durch die ihnen übertragenen Geschäfte nur nebenbei in Anspruch genommen werden". Ja, es gibt sogar Ämter, welche nicht auf die Dauer berechnet sind, wofür Laband[4]) ein treffliches Beispiel anführt in der Kommission zur Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Meyer[5]) unterscheidet Berufsbeamte, bei denen das „volle Beamten- und Staatsdienerverhältnis" vorhanden sei und solche, „welche die Tätigkeit im öffentlichen Dienste nur auf Zeit oder als Nebenbeschäftigung neben anderen Berufsgeschäften übernommen haben". Unter letzteren versteht er die Organe der Selbstverwaltung, die oben schon erwähnten Ehrenbeamten. Seine Ansicht beruht somit auf der Verkennung des einzig für den Staatsbeamten charakteristischen Merkmals der reinen Dienstpflicht, während, wie wir

---

[1]) vgl. auch oben Abschn. II S. 10.
[2]) Laband S. 437 Anm.
[3]) Gerber S. 115.
[4]) Laband S. 435 Anm. 2.
[5]) Georg Meyer § 143 2a u. b.

sahen, bei den Ehrenbeamten, diese unbedingt mit der Amtspflicht zusammenfällt.

Eine andere Ansicht, vertreten von Zorn,[1]) behauptet, es müsse sich bei den Funktionen des Beamten immer handeln „um Geschäfte des Staats, um ein Stück des staatlichen Imperium, um Ausübung staatlicher Hoheitsrechte". Auch dies ist nicht richtig. Der Staat ist allerdings Träger von Hoheitsrechten, doch geschieht die Eingehung des Beamtenverhältnisses seitens des Staats nicht notwendig zur Ausübung solcher Hoheitsrechte, vielmehr unterscheidet sich der Inhalt der Berufsgeschäfte vieler Beamten durchaus nicht von solchen Diensten, welche der Staat sich auch im Wege des privaten Dienstvertrags sichern könnte. Weichenstellern, Bremsern, Heizern und ähnlichen, untergeordnete Dienstleistungen versehenden Personen ist die Beamteneigenschaft zuerkannt worden, und auf gleichem Standpunkt steht das Reichsgericht.[2])

„Die Fälle der öffentlichen Dienstpflicht weisen durchweg einen von den Verpflichteten abzulegenden Diensteid auf, der mit dem Beginn der Tätigkeit sich verbindet".[3]) Der Eid ist für gewisse Beamtenverhältnisse geradezu die Form der Amtsübertragung,[4]) der Pensionsanspruch des preußischen Beamten wird vom Tage der Eidesleistung an berechnet.[5]) Das Reichsgericht[6]) hat entschieden, daß diese positive Bestimmung eine Erörterung ausschließe, ob der Eid für den Beginn des Staatsdienstverhältnisses entscheidend sei, d. h. jedoch nur bezüglich der speziellen Bestimmungen des Pensionsgesetzes. Im Rechtssinne kann die Eidesleistung als eine Voraussetzung für den Beginn des Dienstverhältnisses nicht angesehen werden: „Sie ist nichts als ein innerliches, das Gewissen des Schwörenden verbindendes Verstärkungsmittel schon bestehender Verpflich-

---

[1]) Zorn § 10 S. 294f.; vgl. oben S. 11 u. Anm. 5.
[2]) vgl. hierzu Laband S. 437 und Arndt S. 634.
[3]) Otto Mayer, VerwR. S. 196.
[4]) vgl. a. a. O. S. 217.
[5]) Preuß. PensG. v. 27. 3. 1872 § 13.
[6]) Entsch. in Zivils. Bd. 47 S. 286.

tungen".[1]) Auch die Amtshandlungen eines nicht vereideten Richters können, was nach bisherigem Recht streitig war, nach den jetzt geltenden Reichsjustizgesetzen nicht für ungültig angesehen werden.[2]) Für den Begriff des Staatsdienstes kann somit das Erfordernis der Beeidigung nicht wesentlich sein.

III. Begründung des Staatsdienstverhältnisses.

a) Der Vertrag zwischen Staat und Diener.

Wir hatten das Staatsdienstverhältnis als eine öffentliche Dienstpflicht charakterisiert[3]) und andererseits erkannt, daß die rechtliche Natur eines Instituts sich nur auf Grund der positiven Rechtssätze erforschen lasse.[4]) Sonach wird sich unsere Abhandlung im wesentlichen auf dem Boden des öffentlichen Rechts bewegen müssen. Die Disziplin des öffentlichen Rechts ist in Deutschland verhältnismäßig jungen Datums. Otto Mayer[5]) und Jellinek[6]) weisen nach, daß in Deutschland am spätesten die Erkenntnis der wahren Natur des öffentlichen Rechts sich Bahn gebrochen habe. Der Grund dafür liegt nach Otto Mayer[7]) darin, daß man dem öffentlichen Recht im Verhältnis zum Privatrecht einen möglichst geringen Spielraum gab. Und in diesem Bestreben sind Praxis und Wissenschaft einig: „Die Neigung des Praktikers, den gewohnten Boden des Zivilrechts nur zu verlassen, wo die zwingende Notwendigkeit der Tatsachen es verlangt, trifft im Ergebnis zusammen mit der konservativen Rechtswissenschaft, welche das Gebiet der eigentümlichen Formen des öffentlichen Rechts auf einen möglichst kleinen Spielraum beschränkt." Man hat, in zivilrechtlichen Anschauungen befangen, der Disziplin des öffentlichen Rechts

---

[1]) Schulze, Preuß. Staatsrecht S. 312.
[2]) vgl. denselben a. a. O.
[3]) s. oben Abschn. II.
[4]) s. oben Einl. S. 2.
[5]) Arch. (1888) S. 3ff.
[6]) System des subjekt. öffentl. R. S. 1ff.
[7]) a. a. O. S. 59.

die Daseinsberechtigung abgesprochen[1]) und in weiterer Durchführung dieses Gedankens das Vorhandensein subjektiver öffentlicher Rechte geleugnet. Das Bedenken, das zu dieser Folgerung Anlaß gab, bestand darin, ob „eine wechselseitige Verpflichtung eines höheren Ganzen, einer Kollektivperson, als welche sich der Staat uns darstellt, gegen die sein Substrat bildenden Individuen möglich“[2]) sei. Es ist das Verdienst Jellineks, die Daseinsberechtigung einer Disziplin des öffentlichen Rechts nachgewiesen zu haben. Jellinek hat ferner auch das Vorhandensein subjektiver öffentlicher Rechte im einzelnen dargetan und den Versuch gemacht, ein System subjektiver öffentlicher Rechte zu schaffen. Der Grundgedanke, von dem Jellinek ausgeht, ist: „Ein isoliert gedachter Rechtsträger ist eine unvollziehbare Vorstellung. Auch der Staat kann nur Rechte haben, wenn ihm Persönlichkeiten gegenüberstehen.“[3]) Für die Geschichte des subjektiven öffentlichen Rechts kann es dahin gestellt bleiben, ob dasselbe in der Weise entstanden ist, daß die Individuen dem Staate einen Teil ihrer natürlichen Freiheit aufgeopfert haben, um von diesem nicht nur diese zurückzuempfangen, sondern auch Schutz aller übrigen von ihm garantiert zu erhalten.[4]) Für die Gegenwart muß gelten: „Jedes subjektive Recht setzt voraus das Dasein einer Rechtsordnung, durch die es . . . anerkannt und in größerem oder geringerem Maße geschützt wird“.[5]) Der Begriff des Staates, als des Hauptträgers öffentlicher Rechte, zeigt sich schon rein ausgeprägt bei den Römern.[6]) Der römische Staat trat zu seinen Untertanen in einer Reihe von Rechtsgeschäften in Beziehung, die sich vollzogen ähnlich den Zivilrechtsgeschäften und zum Teil für deren spätere Gestaltung das Vorbild abgaben. Der Staat und in seinem Auftrag der Zensor „verpachtet staatliche Gefälle,

---

[1]) Otto Mayer a. a. O. S. 3.

[2]) Jellinek a. a. O. S. 9.

[3]) Derselbe a. a. O. S. 10.

[4]) vgl. den Gedanken Blackstones bei Jellinek S. 1 und Beccarias ebenda S. 95.

[5]) Jellinek S. 8.

[6]) vgl. für das Folgende Otto Mayer im Arch. S. 6ff.

verdingt öffentliche Arbeiten, verkauft eingezogene Vermögen und das Vermögen von Schuldnern und Bürgen des Staates".[1]) Diese Geschäfte entwickelten sich, ohne daß der Römer dabei auf den Gedanken gekommen wäre, dem Staate die Natur einer privatrechtlichen Persönlichkeit zuzusprechen. Vielmehr fühlte er gar wohl den Unterschied heraus. Gab es doch gegen den Entscheid des Magistrats keinen Rechtsweg, als wieder an die Behörde selbst zu appellieren. Der Magistrat war Richter und Träger des Rechtsverhältnisses, seine Entscheidung war „dem Gesetz vergleichbar". Den Grund dafür erkannte der Römer darin, „weil der Staat mit seiner Souveränität, Machtvollkommenheit, auctoritas, unmittelbaren Gewalt, mit seinem eminenten Recht darin auftritt".[2]) Ähnlich prägt sich die Rechtsauffassung vom Staate auch in der Natur des französischen Staates aus. Der leitende Grundsatz, der die öffentlichrechtlichen Funktionen des Staates scheidet von seiner Tätigkeit als Privatrechtssubjekt, ist hier „daß der Staat dem Privatrecht unterliege überall, wo er dem einzelnen in einer Lebensäußerung entgegentritt, die so wie sie ist, auch von einem Privaten ausgehen könnte".[3]) In Deutschland ist man zu der richtigen Auffassung des Verhältnisses von Staat und Untertan, wie erwähnt, erst spät und ferner auf einem Umweg gekommen. Um es zu erklären, daß der Staat imstande sei, seinen Untertanen etwas zu befehlen, konstruierte man eine Reihe von Rechten, welche die Grundlage dieser Befehlsgewalt in einzelnen Beziehungen bildeten.[4]) Es ist dies die Wolffsche Lehre von den sogen. Hoheitsrechten des Staates, welche namentlich im 18. Jahrhundert in hoher Blüte stand. Der Staatsbegriff stellte sich als ein Konglomerat von Hoheitsrechten dar, und diese abzugrenzen war die Hauptaufgabe der Staatsrechtswissenschaft. Allein die heutige Staatsauffassung ist diesem System der Hoheitsrechte „vollständig entwachsen". „Der Staat von heute vermag rechtlich

---

[1]) Derselbe a. a. O. S. 7.
[2]) a. a. O. S. 8.
[3]) a. a. O. S. 16.
[4]) vgl. Otto Mayer a. a. O. S. 28ff.

schlechthin alles."[1]) Dem entspricht auch die Auffassung von der Staatsgewalt, wie wir sie in den Schriften der neueren Staatsrechtslehrer finden. Statt vieler sei hier nur Gerber genannt.[2]) Seine Stimme ist um so gewichtiger, als er es war, der nach Jellinek als erster in der deutschen Literatur den Versuch machte, den Charakter des subjektiven öffentlichen Rechts streng juristisch zu erfassen.[3]) Wir finden bei Gerber[4]) den Satz: „Die Herrschaft des Staates ist wesentlich die Ausübung eines Gewaltrechts an Staatsbürgern und Gemeinden ..." Also nicht eine Summe von einzelnen Hoheitsrechten, sondern ein einheitliches Gewaltrecht. Aber dieses Gewaltrecht hat doch seine Grenzen, die innezuhalten freilich bei Gerber mehr als eine sittliche Pflicht des Staates erscheint. Diese Grenze bilden allgemein vor allem diejenigen Rechte, welche seinerzeit von der deutschen Nationalversammlung als sogen. Grundrechte des deutschen Volkes angenommen wurden. Nach Gerber stellen allerdings auch diese Grundrechte nicht Rechte im subjektiven Sinne dar, vielmehr erscheinen sie hier als Negationen früherer Freiheitbeschränkungen, denn es handle sich hier um „Interessen, welche früher in außerordentlicher Weise unter dem Druck staatlicher Beschränkungen zu leiden hatten".[5]) Dieser, theoretisch wenigstens, allmächtigen Staatsgewalt gegenüber erscheint die von uns angenommene freiwillige Begründung des Staatsdienstverhältnisses als ein Widerspruch. Die frühere Auffassung, vor allem Gönner, stand, wie wir schon sahen,[6]) auf einem anderen Standpunkt. Entsprechend der früheren Auffassung von den Hoheitsrechten des Staates war es somit ihre Aufgabe, zu der Zwangspflicht das entsprechende Hoheitsrecht zu finden.[7]) Es gab nun wohl bereits in der Staatslehre das sogen. jus munerum, welches darin bestand,

---

[1]) a. a. O. S. 30.
[2]) vgl. im übrigen die Zitate bei Otto Mayer a. a. O. S. 31.
[3]) Jellinek S. 4f.
[4]) Staatsrecht S. 45.
[5]) Gerber S. 33.
[6]) oben Teil II.
[7]) vgl. Otto Mayer a. a. O. S. 27ff.

daß dem Staat allein das Recht zustand, anderen den Auftrag zu staatlicher Tätigkeit zu erteilen. Allein dieses Recht bestand doch nur gegenüber demjenigen, welcher ein staatliches Amt bereits bekleidet, nicht aber gegenüber einem erst zu Ernennenden. Somit bestand der Fortschritt der Gönnerschen Lehre darin, auch den Eintritt in den Staatsdienst einem neuen Hoheitsrecht unterworfen zu haben. Da somit von der öffentlichrechtlichen Natur des Staatsdienstes ausgegangen wurde und nur, um diese realisieren zu können, man zu einem Hoheitsrechte griff, so ist diese ganze Lehre, wie Otto Mayer mit Recht behauptet, „von hinten entstanden". Um aber die heute ziemlich anerkannte[1]) Freiwilligkeit des Diensteintritts zu begründen, muß man auf jene Lehre zurückgehen, welche von Montesquieu begründet, heute den Grundgedanken aller modernen Verfassungen bildet, die Lehre von der Trennung der Gewalten.[2]) Die Trennung der Gewalten äußert sich im modernen Verfassungsstaat in der Weise, daß der Verwaltung ein Eingriff in die Interessenssphäre des einzelnen nur dann gestattet ist, wenn sie dazu durch ein Gesetz ermächtigt ist.[3]) Und um einen Eingriff in die Lebenssphäre handelt es sich bei dem Diensteintritt des Beamten, weil dieser, wie wir noch sehen werden, dadurch sich einer starken Verminderung seiner persönlichen Freiheit unterwirft. Wir finden somit den Satz der Preuß. VU. (Art. 5): „Die persönliche Freiheit ist gewährleistet. Die Bedingungen und Formen, unter welchen eine Beschränkung derselben . . . zulässig ist, werden durch das Gesetz bestimmt" in dieser Begrenzung der Machtbefugnisse der Verwaltung verwirklicht.

Wenn somit die Freiheit des Eintritts anzunehmen ist, entsteht nunmehr die Frage, welches die rechtliche Natur der Anstellung ist. Auch im öffentlichen Rechte ist, gleichwie im Privatrecht, der Entstehungsgrund für alle Rechte einerseits das Gesetz, andrerseits der Wille der Parteien.[4]) Der Partei-

[1]) vgl. selbst Bornhak (1912) Bd. 2 § 90.
[2]) And. A. Georg Meyer S. 28, 29.
[3]) vgl. Rehm Teil 2 S. 116 f.
[4]) vgl. zum folgenden Rehm Teil 2 S. 113 ff.

wille ist nun vor allem derjenige des Herrschers, welcher sich in Verwaltungsakten äußert. Dieser Wille charakterisiert sich als juristische Handlung. Verleiht nun das Gesetz dem Verwaltungsakt rechtliche Wirksamkeit, so haben wir es mit einem öffentlichrechtlichen Rechtsgeschäft zu tun. Durch Gesetz kann objektiv, unbekümmert um den Willen des Untertanen, eine Rechtspflicht für diesen aufgestellt werden. Wo es dagegen dem Staat rechtlich oder tatsächlich unmöglich ist, eine Herrschaft auszuüben, „d. h. durch eine einseitige Willenserklärung die der Territorial- oder Personalhoheit des Staates unterworfenen Personen rechtlich zu verpflichten",[1]) da bedarf es der Einwilligung des Untertanen. Dies ist so ziemlich unbestritten. Dagegen ist es eine Streitfrage, ob die Natur der Anstellung den Charakter eines einseitigen Staatsaktes in sich trage oder aber eines Vertrages. Ersteres wäre dann anzunehmen, wenn die Einwilligung des Untertanen lediglich eine Voraussetzung bildete, um die Zuständigkeit der Staatsgewalt zu begründen.[2]) Unzweifelhaft, das bloße Erfordernis einer Einwilligung berechtigt uns noch nicht, einen Vertrag zur Grundlage des Verhältnisses zu erheben. Warnt doch schon Gönner:[3]) „Es ist ein folgenreicher Irrtum der Rechtslehrer, ein Irrtum, welcher die ganze Rechtslehre durchgreift, wenn sie glauben, das Einverständnis zweier Subjekte über Rechte und Verbindlichkeiten mache das ganze Wesen eines Vertrages aus." Es gibt eine Menge von Verfügungen im öffentlichen Recht, welche eine Einwilligung veraussetzen. Wollte man hier überall einen Vertrag annehmen, so müßte, wie Mayer[4]) sagt, jede Polizeierlaubnis ein Vertrag sein. Was diese Art des einseitigen Staatsaktes kennzeichnet, ist, daß hier die prinzipielle Verpflichtung des einzelnen bereits vorausgesetzt ist, „so daß die Erfüllung der Bedingung seine rechtliche Wirkung nicht erzeugt, sondern nur nicht hindert".[5]) Hier ist also ein bestehendes

[1]) a. a. O. S. 119.
[2]) vgl. Otto Mayer, Arch. S. 39.
[3]) Gönner S. 84.
[4]) Otto Mayer, Arch. S. 45.
[5]) Jellinek S. 210.

Verpflichtungsverhältnis das Primäre, so daß z. B. „die Pflicht der Vormundschaftsführung prinzipiell auch für den besteht, der ein Recht der Ablehnung besitzt".[1]) Aber auch dort ist weiterhin ein Vertrag nicht anzunehmen, wo zwar die Einwilligung des Beteiligten die Voraussetzung der Erlangung einer öffentlich-rechtlichen Rechtsstellung bildet, durch die Einwilligung oder Annahme jedoch der Betreffende sich rechtlich zu nichts verpflichtet. So wird, wenn jemand eine Wahl zum Deutschen Reichstage annimmt, weder mit den Wählern noch mit dem Staate ein Vertrag geschlossen, denn weder diesen noch jenen gegenüber geht der Betreffende eine Rechtspflicht ein.[2]) Wenn also diese beiden Kategorien aus unserer Betrachtung ausscheiden müssen, so beschränkt sich der Anwendungsfall der Verträge auf diejenigen Fälle, wo eine gewisse Unabhängigkeit der Kontrahenten voneinander, eine Gleichberechtigung derselben besteht.[3]) Wir haben aber bereits gesehen, daß der Untertan der Verwaltung gegenüber in seiner Freiheit geschützt ist. Dieser Schutz beruht jedoch nicht, wie Gerber[4]) annimmt, auf der Innehaltung einer lediglich sittlichen Pflicht seitens des Staates, sondern ist auch durch Gesetz gewährleistet.[5]) Er zeigt sich vor allem darin, daß die neuere Gesetzgebung „mehr und mehr der Möglichkeit Raum gibt, gegen Verletzungen der individuellen Handlungssphäre vonseiten der Staatsverwaltung gerichtliche Hilfe anzurufen und zwar besonders gegenüber rechtswidrigen politischen Geboten und Verboten".[6]) Allein ein Einwurf ist es noch und zwar wohl der häufigste, welcher gegen die Vertragslehre erhoben wird und den Bornhak[7]) mit den Worten Gönners ausdrückt: „Wo das Objekt nicht von der freien Willensbestimmung der Personen abhängt, wo nicht ein reiner Ausfluß der Willkür dem Rechte unter diesen bestimmten

---

[1]) Derselbe a. a. O.
[2]) vgl. Gareis bei Marquardsen S. 163.
[3]) vgl. Otto Mayer a. a. O. S. 45/46.
[4]) s. oben und Gerber S. 33.
[5]) vgl. Rehm Bd. 2 S. 121.
[6]) Derselbe a. a. O. S. 117.
[7]) Bornhak (1912) S. 30.

Individuen sein Dasein gibt . . . da ist ein Vertrag nicht vorhanden, wenn wir auch eine Übereinstimmung der Willen antreffen".[1]) Dieser Einwand deckt sich teilweise mit demjenigen, den Stein[2]) vorbringt, indem er behauptet, daß die wichtigsten Punkte des Staatsdienerrechts, die „gesellschaftlichen und Disziplinarrechte", in dem Vertrage gar nicht enthalten seien, vielmehr auf positiver gesetzlicher Bestimmung beruhten, die weder der Staat noch sein Gegenkontrahent abzuändern imstande sei. Laband hat diesen Einwand Steins in überzeugender Weise widerlegt.[3]) Der obige Einwand Bornhaks geht aber zum Teil auch darauf, daß innerhalb des Verhältnisses eine Einwirkung des Vertrages nicht mehr anzunehmen sei. Insoweit kann er nicht an dieser Stelle, sondern erst später im Zusammenhange mit dem Inhalt des Staatsdienstes behandelt werden. Hier genügt es festzustellen, daß die Willenserklärungen des Dieners und des Staates ein gegenseitiges Inaussichtstellen von Vorteilen, ein gegenseitiges Versprechen enthalten: Der Untertan bietet freiwillig seine Dienste an, der Staat gewährt als Gegenleistung das Recht auf ein Amt, auf Ausübung staatlicher Aufgaben. Es besteht somit „eine Willensübereinstimmung, gerichtet auf denselben Gegenstand, auf ein dare, facere, praestare bestimmter Art".[4]) Diese Willensübereinstimmung ist der Grund, die Voraussetzung für die dadurch beabsichtigte Rechtswirkung. Danach folgt mit Rehms Worten: „Eine solche Willenseinigung aber wird vom objektiven Rechte als juristische Tatsache anerkannt, sie ist ein Vertrag im Rechtssinne".[5])

b) Die Anstellung im positiven Recht.

Wenn wir die Berechtigung der Annahme eines Staatsdienstvertrages auf Grund der positiven Bestimmungen des öffentlichen Rechts prüfen wollen, so werden wir eine besondere Regelung

---

[1]) Gönner S. 84; ebenso Zorn S. 307 Anm. 54.
[2]) Stein S. 239ff.
[3]) Laband S. 448.
[4]) Rehm Bd. 2 S. 118.
[5]) a. a. O.

dieses Vertrages, ja überhaupt des öffentlichen Vertragsrechts vergeblich suchen.[1]) Allein diese Tatsache kann gegen die Berechtigung unserer Theorie an und für sich noch keinen Einwand abgeben. Das Gesetz hat hier offenbar bewußt eine Lücke gelassen, deren Ausfüllung es der Rechtswissenschaft überläßt. Der wissenschaftliche Satz, welcher die Annahme des Vertrags vermittelt, ist die Erkenntnis, daß der Vertrag „eine allgemeine Rechtsform ist und daher gewisse allgemeine Elemente des Vertrags vorhanden sind, die auch ohne ausdrückliche Anerkennung durch den Gesetzgeber objektives Vertragsrecht bilden".[2]) Die Anstellung der Beamten im Reiche steht dem Kaiser zu (Art. 18 RV.), in Preußen prinzipiell dem König (Art. 47 preuß. VU.). Diese Bestimmung hat ihre Grundlage vor allem auch in ethischen und politischen Erwägungen, die Perthes treffend hervorhebt, wenn er sagt: „daß die unmittelbare Auswahl durch den König die Ehre und das Gefühl für dieselbe im Beamtenstande hebt".[3]) Allein schon aus dem Grunde der tatsächlichen Unmöglichkeit für den Herrscher, alle Anstellungen selbst zu vollziehen, sind diese Befugnisse zum Teil im Reiche wie in den Bundesstaaten einzelnen Behörden delegiert. Die betreffenden Behörden schließen aber den Vertrag nur in Stellvertretung ab, „also mit der rechtlichen Wirkung, als hätte der Herrscher seinen eignen Willen erklärt".[4]) Somit können wir den Herrscher als die eine Person des Vertrags ansprechen. Für den anderen Vertragsteil ist als positive Voraussetzung erforderlich die Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten. Diese Voraussetzungen sind im Gesetze nirgends geregelt, es ist sonach der Wille des Gesetzes, daß die im Privatrecht aufgestellten Bedingungen der Vertragsfähigkeit auf das öffentliche Recht zu übertragen sind. Dies gilt hinsichtlich der Volljährigkeit, der Selbständigkeit gegenüber der elterlichen Gewalt und den sonstigen Voraussetzungen der Geschäfts- und Handlungsfähigkeit.[5]) Dagegen sind die übrigen

[1]) Jellinek S. 223.
[2]) Ders. S. 223.
[3]) Perthes S. 69.
[4]) Rehm Bd. 2 S. 131.
[5]) Ders. S. 132.

Voraussetzungen der Anstellung nur gegeben, um die Auswahl mit Rücksicht auf das staatliche Interesse näher zu regeln, ohne die gleiche Ämterfähigkeit der Staatsbürger zu negieren. Dahin gehört die Vorschrift in den §§ 31 u. 34 RStGB., wonach die Verurteilung zur Zuchthausstrafe für alle Zeit die Unfähigkeit begründet, öffentliche Ämter zu bekleiden, ferner das Erfordernis einer gewissen Vorbildung. Die negative Natur dieser Voraussetzungen besteht in der Erfüllung von Art. 4 preuß. VU. eben darin, daß andere als diese gesetzlichen Erfordernisse für die Anstellung nicht bestehen sollen. Es sind Vorschriften des öffentlichen Rechts, die beide Vertragsteile, den Staat wie den Diener, in gleicher Weise binden. Doch ist ihre Wirkung eine verschiedene, denn eine im Widerspruch mit den gesetzlichen Prüfungsvorschriften erfolgte Anstellung ist ungesetzlich, aber nicht ungültig, „da die Vorschriften zwar das Ernennungsrecht der Reichsorgane beschränken, aber eine absolute Untauglichkeit der Personen, die die vorgeschriebenen Bedingungen nicht erfüllt haben, nicht aussprechen wollen“.[1]) Dagegen müßte die Ernennung einer kraft Gesetzes von allen oder bestimmten Ämtern ausgeschlossenen Person als ungültig betrachtet werden, so daß ein Beamtenverhältnis überhaupt nicht entstanden wäre.

Von den Personen des Vertrages kommen wir jetzt auf den Inhalt desselben, auf die eventuell zu treffenden Abmachungen. Allein gerade die Vertreter der Vertragstheorie sind durchaus nicht darüber einig, inwieweit solche Abmachungen statthaben dürfen. Der Grund dafür ist der, daß man sich scheut, dem Vertrage irgendwelchen Einfluß auf die Gestaltung des Verhältnisses einzuräumen. Wir finden dies gerade bei Rehm[2]) bestätigt, der den Vertragsbegriff am eingehendsten durchgeführt hat. Vertragsabreden werden danach fast nur auf die sogen. privatrechtliche Seite des Staatsdienstverhältnisses beschränkt, wo sie eigentlich auch die Gegner der Vertragstheorie zulassen. Dies gilt insbesondere von der Besoldung, wenn auch in der Regel die Bestimmungen darüber gesetzlich festgelegt sind. So

---

[1]) Brand S. 17 Anm. 7.

[2]) Rehm Bd. 2 § 34, ferner S. 118, 137f. u. 141f.

ist es z. B. durchaus denkbar, daß der Staat einen besonders tüchtigen Mann dadurch an den Staatsdienst zu fesseln sucht, daß er ein entsprechend höheres Gehalt mit ihm vereinbart. Ferner wird vertraglich vielfach die Höhe eines aus dem Dienstverhältnis entspringenden Schadensersatzanspruches im voraus geregelt,[1]) Vertragsabredungen haben ferner statt über Anfang, Endigung und Dauer des Verhältnisses sowie über gewisse Modifikationen des Versetzungsrechts. Es muß jedoch an dieser Stelle genügen, dies lediglich festzustellen, da wir darüber im einzelnen im anderen Zusammenhang noch handeln werden. Die Unsicherheit in der Abgrenzung der Vertragsfreiheit hat aber zur Folge, daß dadurch die Einheit des Begründungsaktes selbst gefährdet wird. Dazu kommt ein zweites Moment, das mit der später noch zu behandelnden Frage nach der Perfektion des Vertrags zusammenhängt. Danach besteht das Bestreben, den eigentlichen Vertrag fast ganz in einem bloßen beiderseitigen Ja zu konzentrieren, so daß anderen Vertragsabreden der Charakter von Vorverhandlungen ohne rechtliche Bindung zukommt. Diesem Streben gegenüber, das Otto Mayer[2]) treffend charakterisiert, indem er behauptet, es diene nur dazu, den bestimmten Vertragscharakter möglichst zu „denaturalisieren", betonen wir die Einheit des Begründungsaktes. Danach müssen alle vertraglichen Festsetzungen, welche für das weitere Verhältnis bindend sein sollen, schon in dem Anstellungsvertrage zum Ausdruck kommen.

Vertragsabreden als Unterbegriffe der Willenserklärung teilen deren Schicksal, wenn die Erklärung nicht dem inneren Willen entspricht. Zur Beurteilung von Willensfehlern gibt uns wiederum das positive Staatsdienstrecht keinerlei Handhaben; sonach müssen wir uns zur Ausfüllung dieser Lücke nach andern Quellen umsehen. Rehm,[3]) der darin Perthes[4]) folgt, erklärt es für einen „allgemeinrechtlichen Grundsatz", daß die Anstellung nur dann rechtsgültig sei, wenn sie „in richtigem Bewußtsein von

[1]) s. Rehm Bd. 2 S. 137; ebenso Loening S. 120 N. 1.
[2]) Arch. S. 64 Anm. 94.
[3]) Teil 2 S. 139.
[4]) Perthes S. 78.

der Lage der Dinge, in ernstlicher Absicht und mit dem freien Entschluß, eine rechtliche Wirkung hervorzurufen, eingegangen wird". Diese Ansicht trifft durchaus das Richtige. Wenn ein fehlerhafter Wille vorliegt, so ist im Endergebnis eben nihil actum, ein Vertrag liegt nicht vor, vielmehr ist die Rechtslage in das Stadium vor Einwilligung des Staatsdieners zurückversetzt, und die Verwaltung ist von diesem Moment an wieder nicht zuständig, ein Gewaltverhältnis geltend zu machen. Wenn Otto Mayer[1]) dagegen geltend macht, daß die Anstellung damit nicht von selbst wieder in sich zusammenfalle, so vermag das unsere Auffassung nicht zu entkräften. Die von Otto Mayer geltend gemachte Erscheinung folgt einfach daraus, daß einseitig der Verwaltung die Prüfung darüber zusteht, ob dieser Wille rechtsungültig sei, eine Tatsache, die unmittelbar mit der öffentlichrechtlichen Natur des Gewaltverhältnisses zusammenhängt. Das Prinzip der Willensfreiheit bei Begründung des Verhältnisses bleibt dadurch unberührt. Diese Tatsache läßt sich prinzipiell auch mit der Theorie vom einseitigen Staatsakt als Begründung vereinbaren. Insofern hat Otto Mayer recht, wenn er sagt[2]): „Tatsächlich läßt die Theorie vom Gewaltverhältnis den wahren Staatsdienstvertrag auf eine Wirkung ausmünden, in welcher derselbe mit dem einseitigen Begründungsakte vollkommen zusammentrifft". Sind aber die Voraussetzungen der Willensmängel, wie des Irrtums, Betruges, Zwanges usw., bereits erschöpfend im bürgerlichen Recht geregelt und steht ihrer Anwendung auf den Staatsdienstvertrag nichts im Wege, so ist offenbar die Anwendung auch im Willen des Gesetzgebers. Selbstverständlich gelten diese Normen in gleicher Weise für beide Parteien, so daß also auch die Verwaltungsbehörde an ihren Willen nicht gebunden ist, wenn sie irrig glaubte, der betreffende Aspirant besitze die für den Staatsdienst vorgeschriebenen Eigenschaften.[3])

Was die Form der Willenserklärung anbetrifft, so ist allgemein das Erfordernis einer bestimmten Form im Gesetze nur

---

[1]) VerwR. S. 222.
[2]) O. Mayer im Arch. S. 57.
[3]) vgl. Rehm a. a. O.

für den Staat vorgeschrieben.[1]) Die Folge ist, daß eine ohne die gehörige Form, bestehend in einer schriftlichen Eröffnung der zuständigen Behörden, erfolgte Anstellung den Beamtencharakter nicht verleiht.[2]) Dagegen ist für die Willenserklärung des Dieners eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben, somit auch nicht erforderlich.[3]) Aus der allgemeinrechtlichen, dem bürgerlichen Recht entlehnten Natur der Willenserklärung folgt auch hier, daß sie sowohl ausdrücklich wie stillschweigend erklärt werden kann.[4])

Die Frage nach der Perfektion des Vertrages wird in der Theorie dahin beantwortet, daß der Vertrag erst mit der vorbehaltlosen Annahme des Anstellungsdekrets zustande komme.[5]) Der Schwerpunkt dieser Auffassung dokumentiert sich in den Sätzen Rehms[6]): „Also ist jede Verhandlung vor Ausfertigung der Bestallung nur Engagementsverhandlung ohne rechtliche Bedeutung und Bindung der Parteien". „Eine rechtswirksame, verbindliche Erklärung kann er (der Staatsdiener) erst abgeben, wenn ihm die Bestallung zukommt." Andererseits gibt aber Rehm selbst zu, daß der Antrag zum Abschluß des Vertrages in der Regel vom Kandidaten ausgehe.[7]) Es ist also nicht ersichtlich, weshalb die Natur der Offerte immer nur der Bestallung zukommen sollte. Die Auffassung Labands zwingt, wie Otto Mayer[8]) es richtig bezeichnet, zu einer Fiktion einer Annahmeerklärung, welche sich mit der Zustellung des Aktes verbinden soll. Nimmt man dagegen schon in dem Antrag des Dieners eine Offerte an, so wird eben mit Zustellung des Patentes, welche hier die Annahme der Offerte ersetzt, der Vertrag perfekt, ohne daß es einer besonderen weiteren Annahme seitens des Beamten bedürfte. Offerte und Annahme derselben bilden

---

[1]) vgl. Rehm Bd. 2 S. 142.
[2]) vgl. Brand S. 16 Anm. 1 und Laband S. 451.
[3]) Schulze, Deutsches Staatsrecht S. 320.
[4]) vgl. Rehm Teil 2 S. 139.
[5]) So Laband, Rehm.
[6]) Rehm Bd. 2 S. 141/42; übereinst. Laband S. 452.
[7]) Rehm Bd. 2 a. a. O.
[8]) VerwR. S. 223 Anm. 8.

auch hier, wie beim Vertrage im engeren Sinne des bürgerlichen Rechts, die beiden Erfordernisse des Vertragsschlusses, und es ist dabei gleichgültig, von welcher Seite die Offerte ausgeht. Es bedarf also zur Charakterisierung des Vertragsabschlusses beim Staatsdienstvertrage nicht der Heranziehung einer Analogie mit einem besonderen deutschrechtlichen Institut, das besonders in der Investitur seine Ausprägung fand.[1]) Dernburg[2]) behandelt folgenden Fall: „Wurde jemand zum Beamten ernannt, welcher, schwer erkrankt, längere Zeit von der Anstellung nichts erfuhr, so war er Beamter, wenn er nur nicht später ablehnt, von Zustellung des Dekrets an, er war Beamter, wenn er in der Krankheit stirbt". Also, sagt Dernburg weiter: „Willenseinigung ist nicht erforderlich". Den Fall selbst müßten wir von unserer Auffassung aus in derselben Weise entscheiden. Doch möchten wir unterscheiden: Lag auf seiten des Dieners der Wille, Beamter zu werden, nicht vor und ist dieser Willensmangel nach dem Gesetze beachtlich, so ist, wie wir oben sahen, nihil actum. War aber ein Antrag seitens des Beamten bereits ergangen und war die Bestallung die Annahme dieses Antrags, so ist es freilich gleichgültig, wann der Beamte davon erfuhr. Denn die Bestallung wurde wirksam mit der gehörigen Zustellung (§ 130 BGB.). Warum sollte aber hieraus folgen, daß eine Willenseinigung überhaupt nicht erforderlich sei? Somit ist es durchaus übereinstimmend mit der soeben entwickelten Auffassung, wenn Gareis[3]) die Begründung des Staatsdienstverhältnisses auf einen Vertrag zurückführt, „welcher aus der Ernennung des Staatshaupts oder des ihn hierin vertretenden Beamten einerseits und der ausdrücklichen oder stillschweigenden, vorhergehenden oder nachfolgenden Annahmeerklärung des Staatsdieners andererseits besteht". Damit, daß, wie wir annahmen, der Vertrag schon durch die Zustellung der Bestallung perfekt werden kann, wird das Rechtsgeschäft nicht etwa zum „Ver-

---

[1]) Diese Analogie vertritt Laband S. 452 Anm. 2. Dagegen Schulze, Deutsches Staatsrecht S. 321 Anm.

[2]) Bei Otto Mayer im Arch. S. 63 Anm. 92.

[3]) Allgem. Staatsrecht S. 164.

waltungsakt auf Unterwerfung“ [1]) oder zum einseitigen Staatsakt mit Einwilligung des Betroffenen.[2]) Daß es sich bei der Anstellungsverfügung nicht um eine „lex specialis“ handeln könne, wie Zorn im Anschluß an Zachariae annimmt, hat überzeugend Laband[3]) dargelegt, so daß hierauf nur zu verweisen ist. Da die Anstellung ein wesentliches Erkennungsmerkmal für das Vorhandensein eines Beamtenverhältnisses abgibt, so kann im konkreten Fall die Frage nach dem Charakter eines Verhältnisses zweifelhaft sein, wo dieses, was unzweifelhaft zulässig ist, im Wege gewissermaßen eines Realkontraktes begründet wird: Diensttätigkeit seitens des Beamten und Annahme derselben seitens der Behörde. In solchem Falle müssen eben andere Momente zur Interpretation des Verhältnisses herangezogen werden, und das Reichsgericht hat sich bereits mit dieser Frage befaßt[4]): „Würde es doch völlig verkehrt sein, überall im Funktionierenlassen eine Anstellung finden zu wollen, auch da, wo es eben in Frage steht, ob das Amt ein der regimentalen Übertragung unterstehendes ist“. Die Wirkung des Vertrages, somit der Beginn des Beamtenverhältnisses fällt mit dem Zeitpunkt des vollendeten Vertragsabschlusses,[5]) also nicht notwendig schon mit dem Empfange des Anstellungsdekrets zusammen.[6]) Die Frage ist im übrigen durchaus kontrovers.[7]) Unrichtig ist es, als Zeitpunkt der Perfektion den Amtsantritt zu bezeichnen, denn dies trifft nur dann zu (und auch nur unter Umständen), wenn Begründung des Staatsdienstverhältnisses und Amtsübertragung in einem Akt zeitlich zusammenfallen. Es sind dies aber zwei streng zu sondernde Dinge.[8]) Ein abweichender Wille der Parteien kann aber und kommt vielfach zum Ausdruck im Anstellungsdekret.[9]) Danach ist auch eine Rückziehung der

[1]) So Otto Mayer.
[2]) So Meyer, Zorn.
[3]) Laband S. 447.
[4]) Strafs. Bd. 9 S. 209 ff.; vgl. im übrigen Laband S. 452 Anm. 2.
[5]) Rehm Bd. 2 S. 142.
[6]) So Laband a. a. O.
[7]) Eine Zusammenstellung der Ansichten bei Meyer S. 510 Anm. 20.
[8]) vgl. Laband S. 441.
[9]) s. Georg Meyer S. 506.

Gültigkeit des Rechtsgeschäfts auf einen seinem Abschluß vorhergehenden Termin nach allgemeinrechtlichen Vertragsgrundsätzen durchaus statthaft.[1])

IV. Der Inhalt des Staatsdienstverhältnisses.

a) Die rechtliche Natur des Gewaltverhältnisses.

Für die Erkenntnis des Inhalts des Staatsdienstverhältnisses ist noch heute von Bedeutung das Wort Lorenz v. Steins[2]): „Das Prinzip des Staatsdienerrechts enthält den Grundgedanken der Auffassung des Staatsdienerverhältnisses, insofern aus ihm das rechtliche Verhalten des persönlichen Staatsdieners zum Staate in seinen einzelnen Punkten hervorgeht. Es ist daher innig mit der Entwicklung der Staatsidee verflochten". Die Entwicklung der Staatsidee ist das Wesentliche, der Schlüssel der Erkenntnis für die Wandlungen, welchen das Staatsdienstverhältnis im Laufe der Zeiten dauernd unterliegt. In jüngster Zeit hat in dankenswerter Weise Triepel in seiner Abhandlung „Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf"[3]) sich der Aufgabe unterzogen, die Anklänge mit dem Beamtenverhältnis aufzudecken, welche die neueste Gesetzgebung bei einer Reihe von Personenkreisen geschaffen hat, für die er die Bezeichnung „Halbbeamte"[4]) prägt. Wir haben bisher bei Betrachtung der Begründung des Staatsdienstverhältnisses wesentlich nur die eine Seite im Auge gehabt, nämlich diejenige, wie der Diener zum Staatsdienste kommt. Wir haben demnach wesentlich unter dem Gesichtspunkt der Willensrichtung die Dienstverpflichtung des einzelnen berücksichtigt. Wenn wir jetzt uns der anderen Seite zuwenden, dem Staate, indem wir zu erkennen suchen, was unter den Begriff der dem Staate geleisteten Dienste fällt, so ist der Ausgangspunkt der Betrachtung derselbe, der schon bei Gönner zugrunde lag und auf den jetzt Triepel baut, der Dienst an

---

[1]) vgl. Jellinek S. 211.
[2]) Verwaltungslehre Bd. 1 S. 343.
[3]) In der Festschrift für Karl Binding Bd. 2, Leipzig 1911.
[4]) Triepel S. 19.

und für sich. Aus dem Inhalt des Verhältnisses sollen sich die charakteristischen Merkmale des Staatsdienstes ergeben. Nach Triepel[1]) sind drei große Gruppen öffentlicher Dienste im weitesten Sinne zu unterscheiden. Die erste Gruppe bilden die Staatsbeamten, ihnen folgen die öffentlichen Dienste, im engeren Sinne diejenige Tätigkeit, „die von Staatsuntertanen nach Maßgabe des öffentlichen Rechts zur Verwirklichung staatlicher Aufgaben entfaltet wird".[2]) Doch auch hier geschieht die Auflage der öffentlichen Dienste in dreifach verschiedener Weise. Triepel nennt die eine Gruppe „Hilfsdienste der Verwaltung", die dem Staate „die Erfüllung seiner Zwecke erleichtern, ohne den Charakter einer Geschäftsbesorgung anzunehmen".[3]) Hierunter fallen der Militärdienst auf Grund der Wehrpflicht, die Zeugen- und Sachverständigenpflicht. Davon unterscheidet sich die zweite Gruppe der Dienste im Amte, z. B. der Schöffen, Geschworenen und zahlreicher Ehrenämter. Die dritte Gruppe, worunter der Vormund, der Pfleger, der Nachlaßverwalter u. a. fallen, unterscheidet sich von der zuletzt genannten dadurch, daß die hier geführten Geschäfte nicht solche des Staates sind, der Vormund also z. B. nicht den Staat, sondern sein Mündel vertritt, der Konkursverwalter die Konkursgläubiger bezw. den Gemeinschuldner. Triepel spricht hier von einem „nichtamtlichen öffentlichen Auftrage".[4]) Die dritte Hauptgruppe endlich bilden die erwähnten sogen. Halbbeamten. Gerade hier ist, wie wir sahen,[5]) im Gegensatze wie bei den Staatsbeamten, die Beurteilung aus dem Gesichtspunkt des Lebensberufs unbedingt gegeben. Es findet sich in der neueren Gesetzgebung das Bestreben, eine Reihe von Berufen in einzelner Beziehung durch die Art der Ausübung für Staatszwecke zu binden. Die Art und Weise, in welcher diese unter staatliche Aufsicht gestellt, mit einer gewissen öffentlichen Verantwortlichkeit geführt werden sollen, schließt sich bewußt an die besondere Regelung der

[1]) I, 1, 2 und II S. 4ff.
[2]) Triepel S. 5.
[3]) S. 6.
[4]) S. 9.
[5]) Oben Abschn. II S. 16.

reinen Beamtenverhältnisse an.[1]) Sie werden allgemein und so auch von Rheinbaben[2]) als „beamtenähnliche Stellungen" zusammengefaßt. Die hier gedachte Eigentümlichkeit bezieht sich vor allem auf Rechtsanwälte, neuerdings auch auf Ärzte, Privatdozenten, Hebammen u. a. mehr.[3]) Aus dem Gesichtspunkt der Begründung unterscheiden sich diese Rechtsverhältnisse nach dem bisher Erörterten ohne weiteres dadurch von dem Staatsdienstverhältnisse, daß sie ihre Quelle unmittelbar im Gesetze finden, also unfreiwillig auferlegt werden, während dem Staatsdienstverhältnisse eben Freiwilligkeit der Begründung eigentümlich ist. Im Inhalte dieser Verhältnisse finden sich jedoch eine Menge Anklänge mit der Dienststellung sowohl als mit der Amtsstellung des Beamten. Sonach müssen sich, ebenso wie aus der Art der Begründung, aus der Art des Inhalts der verschiedenen Verhältnisse Unterschiede gegenüber dem reinen Staatsdienstverhältnisse ergeben.

Ist einmal die vertragliche Begründung des Verhältnisses vollendet, so stellt sich in seiner weiteren Gestaltung eine Veränderung ein, welche Otto Mayer[4]) treffend mit den Worten charakterisiert: „Ist des Königs Rock einmal angezogen, so schlägt das ... Verhältnis in seinen wesentlichen Punkten um in ein strengeres, einseitigeres, nach einem Rechte, welches dem Staate eigentümlich ist". Dieses dem Staate eigentümliche Recht wird in der Theorie als ein Gewaltverhältnis bezeichnet und hat in Beziehung auf den Staatsdienst besonders von Laband eine eingehende Begründung erfahren,[5]) desgleichen von Rehm.[6]) Gewaltverhältnisse gehören allen Rechtsgebieten, dem öffentlichen wie dem privaten Recht an. Auf letzterem Gebiete finden wir Anwendungsfälle dieses Begriffes in den familienrechtlichen Gewalten. Allein hier fehlt doch „die hoheitliche Stellung des Dienstherrn, vermöge deren sein Befehl rechtsgültig ist aus

---

[1]) vgl. Triepel, z. B. S. 21, 54.
[2]) Rheinbaben S. 33.
[3]) Triepel S. 19ff., 33ff., 47ff.
[4]) Arch. S. 59.
[5]) vgl. Otto Mayer a. a. O. S. 51f.
[6]) Teil 2 § 52.

eigener Kraft".[1]) Für die Charakterisierung des Staatsdienstverhältnisses ist ganz besonders zum Vergleich herangezogen worden das Verhältnis zwischen Lehnsherrn und Vasall.[2]) Die Heranziehung dieses Vergleichs hat noch die weitere Bedeutung, die Bedenken zu widerlegen, wonach ein Herrschaftsverhältnis überhaupt nicht auf freie Willensübereinstimmung zurückführbar sein soll.[3]) Otto Mayer weist noch auf eine ähnliche Erscheinung hin, die das preußische Recht kennt in einer „Reihe von zivilrechtlichen Verträgen des Staates, in welchen die Rechte desselben, teilweise wenigstens, von den Verwaltungsbehörden, die ihn vertreten, gehandhabt werden können durch einseitig bindende Verfügungen".[4]) In der Freiwilligkeit der Begründung liegt dem Gewaltverhältnis gegenüber durchaus nichts Unannehmbares.[5]) Diese Eigentümlichkeit ist außer bei dem Staatsdienst bei einer Reihe anderer Gewaltverhältnisse des öffentlichen Rechts zu finden.[6]) Ein weiterer Gesichtspunkt für die Erkenntnis des Gewaltverhältnisses ergibt sich aus seinem Gegensatz. Rehm überträgt die Scheidung zwischen Forderungs- und Gewaltverhältnissen im privaten Recht auf das öffentliche Rechtsgebiet, indem er auch hier Rechte „gegen" eine Person und Rechte „über" eine Person annimmt. Zu den ersteren gehört das Recht des Staates, von eingehenden Waren Zoll zu fordern, zu den letzteren das Verhältnis zwischen Staat und Untertan. Letzteres Verhältnis ist, wie bei dem Analogon im Privatrecht, an und für sich ein rein tatsächliches Verhältnis, welches zum Rechtsverhältnis erst dadurch wird, daß es die Rechtsordnung in den Kreis ihrer Regelung gezogen hat. So kann es auch, wie die väterliche Gewalt durch den Adoptionsvertrag, durch ein Rechtsgeschäft, den Aufnahme- oder Naturalisationsvertrag, zur Entstehung ge-

---

[1]) Otto Mayer im Arch. S. 53.
[2]) So Gerber § 36 Anm. 1 und Laband S. 433, 434.
[3]) So Rehm Bd. 2 S. 155.
[4]) Arch. S. 58.
[5]) Otto Mayer im Arch. S. 58.
[6]) vgl. Jellinek S. 216.

langen.[1]) Selbstverständlich sind diese Analogien keine Beweise und fördern unsere Erkenntnis insofern nicht, als sie über die wahre Natur eines Gewaltverhältnisses keinen Aufschluß zu geben vermögen. So ist denn in der Literatur wiederholt der Versuch gemacht worden, die rechtliche Natur dieses Verhältnisses aus seinem eigenen Wesen heraus zu erklären.[2]) Um zu der Erkenntnis des Wesens der Subjektion zu gelangen, stellte man sich zunächst auf den Boden der Theorie, welche dem Staat als Gesamtpersönlichkeit die Natur eines natürlichen Rechtssubjektes zusprach, der sogen. organischen Theorie, begründet insbesondere von Gierke in seinem Werke „Deutsches Privatrecht".[3]) Diese Lehre, welche den Staat den organischen Lebewesen in der Natur gleichsetzt, finden wir sehr deutlich ausgesprochen bei Schmitthenner[4]): In dem höheren tierischen Organismus ist schon die Unterscheidung zu einem freien Selbst, zu einer Seele, welche die Glieder in ihrer Gewalt hat, d. h. dieselben frei bestimmt. Vollendeter noch ist die Entwicklung in dem ethischen Organismus der sittlichen Gesellschaft, wo der einzelne von der einen Seite in das Gewebe der Verpflichtungen verschlungen, von der andern aber mit der Freiheit des Willens besteht, und in der Gliederung des Ganzen Beziehungen eintreten, in welchen der einzelne sittlich notwendig oder, was dasselbe sagt, nach der Idee und dem Gesetz der Gesellschaft der Bestimmung durch den andern unterworfen ist". Das „organische" Verhältnis bedeutet somit, „daß dasselbe das Prinzip seiner Bestimmung und Entwicklung als Seele in sich trage, im Gegensatz zum obligatorischen Verhältnis, welches von außen, von menschlicher Willkür seine Bestimmung empfange".[5]) Für

---

[1]) s. Rehm Bd. 2 S. 146. Vgl. über den Naturalisationsvertrag Laband § 18.

[2]) vgl. zum folgenden die Entwicklung bei Rehm Teil 2 S. 147ff.

[3]) vgl. Rehm, Staatslehre S. 153. Vertreten wurde diese Theorie von Gierke bereits viel früher in seinem großen Werke: „Das deutsche Genossenschaftsrecht".

[4]) Schmitthenner, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts S. 276.

[5]) Rehm Bd. 2 S. 147.

die Natur des Gewaltverhältnisses ist durch diese Erkenntnis noch kein Schritt weiter gewonnen, eben weil dadurch wiederum ein Bild, eine Analogie geboten wird, dazu noch eine solche, welche nicht dem Gebiete der Rechts-, sondern recht eigentlich dem der Naturwissenschaft angehört. Wenn man von einem „organischen" Subjektionsverhältnis hört, so denkt man dabei an die Einfügung eines Teiles in ein Ganzes in der Weise, daß ersteres als natürlicher Bestandteil des letzteren erscheint. Sonach müßte der Beamte als „organisches" Glied des Staatskörpers wie dieses bei anderen lebenden Körpern ohne Bewußtsein und Seele wirken oder, wie die organische Theorie meint, beides aus einem Zentrum des gedachten Organismus empfangen. Unter Berücksichtigung der Willensfähigkeit des Menschen könnte dies aber nur unter der Voraussetzung geschehen, daß der Beamte in jeder Hinsicht seinen Willen mit dem des Staates identifizierte.[1]) Auf diese Weise kommen wir von selbst auf den Weg, der allein zur richtigen Erkenntnis aller Rechtsbeziehungen führen kann, zu der Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der Willensrichtung. Als Willensbeziehung wurde das Gewaltverhältnis von Windscheid angedeutet,[2]) aber erst von Rosin in erschöpfender Weise durchgeführt. Rosins[3]) Gedankengang ist folgender: Eine Willensmacht über die Persönlichkeit stellt nicht nur das Herrschaftsrecht dar, sondern auch das Forderungsrecht. Daß im letzten Ende der einzelne nicht die Macht hat, seinen Willen auch durchzusetzen, vielmehr den Zwang erst vom Gesetze entleihen muß, spricht nicht gegen den angeführten Satz. Denn das Gesetz hat den in den Forderungsrechten verkörperten Willen nicht erst geschaffen, sondern durch seine Rechtsordnung nur anerkannt. Da es ihn aber anerkannt hat, muß es ihm auch seinen Schutz und zu seiner Durchführung die Macht des Staates leihen, und zwar dieses nicht nur im Interesse des einzelnen, sondern recht wesentlich im Interesse des Staates selbst, damit nicht ein un-

[1]) Gegen die organische Theorie in der Lehre vom Staate Gerber Beil. 2 und Jellinek S. 35 ff.

[2]) Rehm Bd. 2 S. 148 unten.

[3]) Rosin in Annalen 1883 S. 265 ff.

begrenztes Selbsthilferecht die Rechtsordnung zerstören und die Anarchie begründen kann. Somit ist in letzter Linie der Grund für die rechtliche Gebundenheit gegenüber dem Forderungsrecht in dem Willen des Fordernden zu suchen. Selbstverständlich gilt ein gleiches, natürlich nur in viel höherem Maße von dem Verhältnis des Gewaltunterworfenen dem Herrscher gegenüber. Trotzdem waltet bei beiden Verhältnissen doch ein wesentlicher Unterschied ob, insofern anerkanntermaßen beim Forderungsrecht Gleichheit, beim Herrschaftsrecht dagegen Ungleichheit der Kontrahenten vorliegt. Um nun diesen Unterschied aus der Willensrichtung der beteiligten Personen zu erklären, bleibt nur eine Erklärung übrig: Im Verhältnis der Forderungsrechte liegt die rechtliche Bindung darin, daß auch der andere will, somit die fremde Willensmacht die Grundlage bildet für die meine, während der Befehl des Herrschers seine bindende Kraft aus sich selbst empfängt. Der Verkäufer hat das Recht, Zahlung des Kaufpreises zu fordern. Er hat dieses Recht aber nur, weil sich der andere Teil im Vertrage dazu verpflichtet hat, und das Gesetz kann dieses Recht nur unter der Voraussetzung eines gültigen Vertrages schützen, indem es eben in dem Recht die Unterwerfung des Gegenkontrahenten als bindend anerkennt: „Wenn die Willensmacht der Persönlichkeit über eine andere die Fähigkeit ist, den Willen der letzteren dem Inhalt des eigenen Willens gemäß zu bestimmen, so kann, wenn und soweit trotz dieser Beziehung der Persönlichkeiten aufeinander eine Gleichheit derselben als Person vorhanden sein soll, diese nur dadurch gegeben sein, daß die Willensmacht der bestimmenden Persönlichkeit ihren rechtlichen Grund doch wieder in dem Willen der bestimmten Persönlichkeit findet".[1]) Nach der Einseitigkeit, mit welcher die Staatsgewalt das ganze Verhältnis bestimmt, charakterisiert sich auch die Geltendmachung ihrer Rechte gegenüber dem Untergebenen. Wir befinden uns auf dem Gebiete der Ungleichheit der Kontrahenten, und die Forderung gegenüber dem Diener hat hier die Natur des Befehls: „Die Willensäußerung der herrschenden Persönlichkeit

[1]) Rosin S. 269.

ist der Befehl, die der gleichberechtigten die Forderung".[1]) Damit unterscheidet sich das Verhältnis von den Dienstverhältnissen des privaten Rechts, auch insoweit sich in ihnen Gewaltverhältnisse verkörpern. Es ist einfach eine Übertragung des Dienstverhältnisses ins öffentlichrechtliche Gebiet, und das Gewaltverhältnis bildet eben die notwendige öffentlichrechtliche Ausprägung desselben.[2]) Will man aber aus dem Inhalt des Verhältnisses ein Charakteristikum desselben herleiten, so kann als ein solches, wenigstens den analogen Privatrechtsverhältnissen gegenüber, nicht der Umstand erkannt werden, daß der Beamte zu ungemessenen Diensten verpflichtet ist, worauf Bornhak[3]) besonderes Gewicht legt: „Der Staatsdienst ist ein umfassendes Pflichtverhältnis des einzelnen Beamten zum Staate, eine Verbindlichkeit zur fortgesetzten Leistung ungemessener Dienste einer bestimmten Art für den Staat". Ungemessenheit der Dienste kann begrifflich gar wohl auch einem privaten Dienstverhältnisse eignen.[4]) Dagegen bildet dieses Begriffsmerkmal einen Unterschied gegenüber anderen öffentlichrechtlichen Gewaltverhältnissen, denn alle übrigen Dienstpflichten (nicht Amtspflichten), die aber zum Unterschied vom Staatsdienstverhältnis Zwangsdienstpflichten darstellen, erstrecken sich als solche nur auf einzelne bestimmte Leistungen, z. B. „Fronden zum Wegebau und alle Requisitionen von Dienstleistungen".[5]) In dieser letztgedachten Unterscheidung liegt das Erfordernis, welches die Legaldefinition des allgem. Landrechts[6]) für den Staatsdienst aufstellt, wonach die Diener „außer den allgemeinen Untertanenpflichten dem Oberhaupte des Staates besondere Treue und Gehorsam schuldig" sind, somit ein besonderes Verhältnis eingehen. Diese Erkenntnis ist aber nur auf der Grundlage möglich, daß man einen prinzipiellen Unterschied zwischen Staatsdienst und Untertanendienst annimmt. Im Gegensatz dazu

[1]) Derselbe S. 299.
[2]) vgl. Otto Mayer im Arch. S. 57.
[3]) Bornhak 1912 S. 42.
[4]) vgl. Otto Mayer im Arch. S. 55/56.
[5]) Otto Mayer a. a. O.
[6]) Teil 2 Titel 10 § 2.

leugnet Bornhak die Möglichkeit eines freiwilligen Diensteintritts, ja die Möglichkeit öffentlicher subjektiver Rechte überhaupt, so daß sich für ihn der Staatszweck im Herrschen erschöpft. Die Folge ist, daß von seinem Standpunkt aus eine begriffliche Scheidung des Staatsdienstes auch dem Dienste des Untertanen gegenüber nicht zu machen ist. Für Bornhak bildet die Staatsangehörigkeit „eine allumfassende Verpflichtung der Untertänigkeit unter den Staat, der ein persönliches Gewaltrecht des Staates an seinen Angehörigen entspricht".[1]) Daraus folgt aber als Besonderheit für den Staatsdienst: „Nicht also in dem Rechte des Staates, sondern in dessen Ausübung kann eine Steigerung der allgemeinen Pflichten der Staatsangehörigen zu den besonderen Pflichten der Beamten stattfinden".[2]) Die Besonderheit in der Ausübung liegt, da der Untertan dem Staat als Gesetzgeber unterworfen ist, beim Staatsdienst darin, „daß eine gleiche Gewalt der Regierung und ihren Behörden allein zusteht".[3]) Daß aber die von uns aufgefundenen Merkmale des Staatsdienstes sich mit der Auffassung des positiven Rechts im Einklang befinden, darin liegt der schon oben[4]) erwähnte Prüfstein für die Richtigkeit unserer Auffassung. Wir haben somit für den Staatsdienst gefunden: ein auf einem Vertrage beruhendes öffentlichrechtliches Subjektionsverhältnis, charakterisiert gegenüber anderen Gewaltverhältnissen des öffentlichen Rechts durch die Verpflichtung zu ungemessenen Diensten, gegenüber privatrechtlichen Verhältnisses dadurch, daß innerhalb des Vertrags der Wille des Staates allein maßgebend ist.

Wir sahen jedoch schon oben,[5]) daß Otto Mayer behauptet, die Theorie vom Gewaltverhältnis lasse den wahren Staatsdienstvertrag auf eine Wirkung ausmünden, in welcher derselbe mit dem einseitigen Begründungsakte vollkommen zusammentreffe. Tatsächlich ist der Charakter des Staatsdienstes als eines Gewaltverhältnisses in der Theorie heute allgemein anerkannt, auch

---

[1]) Bornhak (1912) S. 21.
[2]) Derselbe S. 22.
[3]) Ehrenberg bei Otto Mayer im Arch. S. 54 Anm. 79.
[4]) s. oben Einleitung S. 2.
[5]) s. Abschn. III b S. 29.

von denjenigen, die eine vertragliche Begründung desselben leugnen. Dies gilt vor allem von Bornhak, G. Meyer und Zorn. Ist es aber so, wie Otto Mayer behauptet, dann würde der Unterschied unserer Auffassung von derjenigen der Vertragsgegner sich nur darauf konzentrieren, ob dem Begründungsakt der Charakter eines einseitigen Staatsaktes mit Einwilligung oder aber eines Vertrags zukomme. Unter diesen Umständen wären wir genötigt, den Vertragsstandpunkt überhaupt aufzugeben. Wir sind ja, wie wir schon bemerkten,[1]) darin mit Gönner einig, daß die Einwilligung zweier Rechtssubjekte nicht das ganze Wesen eines Vertrags ausmache. Wir könnten der gegnerischen Auffassung somit das Zugeständnis machen, daß die Willensäußerung des Staats keine Offerte bezw. Annahme derselben bedeute, vielmehr, Einwilligung des Dieners vorausgesetzt, einen einseitigen Staatsakt darstelle. Denn der ganze Streit drehte sich dann lediglich um Worte und hätte praktisch keinerlei Bedeutung. Es scheint nun aber, als ob von Vertretern der Vertragstheorie ein Zugeständnis der eben gekennzeichneten Art den Gegnern gemacht würde. Nichts anderes bedeutet es als ein solches Zugeständnis, wenn Rehm[2]) den Satz Rosins zu seinem eigenen macht[3]): „Der Wille des Beherrschten ist der Rechtsgrund für das Entstehen, nicht für das Bestehen der Herrschaft". „Herrschaft" bedeutet in diesem Zusammenhange aber nur das von uns oben nach seiner Natur gekennzeichnete Gewaltverhältnis und kann nur dieses bedeuten, nicht etwa die dem Staat als solchem innewohnende allgemeine Herrschermacht,[4]) denn diese war schon vor dem Vertrage vorhanden. Liegt aber hierin das Zugeständnis: „Mit diesem Entschlusse (der Unterwerfung unter einen fremden Willen) konsumiere er (der Wille des Unterworfenen) sich in seiner ursächlichen Wirkung für das Rechtsverhältnis, das von nun an in sich selbst und in den in ihm wirkenden Kräften, d. h. in dem rechtlich bestimmten Willen

---

[1]) s. oben Abschn. IIIa, S. 23.
[2]) Teil II S. 155.
[3]) Rosin S. 299.
[4]) vgl. darüber oben Abschn. IIIa S. 21.

der herrschenden Persönlichkeit seine Begründung finde",[1]) so wird dieses Zugeständnis nicht wieder aus der Welt geschafft durch die zur Erklärung des Satzes herangezogenen Analogien der Adoption, Naturalisation[2]) oder Vasallität.[3]) Denn, wie wir wiederholt betonten, Analogien können als solche nur erklären, nicht beweisen. Mit obigem Zugeständnis fällt aber der ganze Vertragsbegriff. Zu diesem Zwecke erscheint es erforderlich, den Vertragsbegriff auch innerhalb des Gewaltverhältnisses durchzuführen und somit, was Otto Mayer will, gegenüber der eben gedachten „Verkümmerung das lebendige, wirkungskräftige Rechtsgeschäft wiederherzustellen".[4])

Wir können zu der Erkenntnis desselben jedoch kaum gelangen, ohne uns mit dem System des subjektiven öffentlichen Rechts näher zu befassen, dessen Vorhandensein wir oben[5]) bereits angenommen haben. Wir werden den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts auch im folgenden noch weiter verwerten können, wenn wir das Dienstverhältnis in seine Teile, die einzelnen Rechte und Pflichten zergliedern. Wir werden uns im folgenden an Jellinek anschließen, der in seinem Werk „System der subjektiven öffentlichen Rechte" dieser Materie eine durchaus eingehende Behandlung hat zuteil werden lassen. „Das objektive öffentliche Recht einerseits und das subjektive Recht des Staates andererseits sind bedingt durch die Tatsache, daß Herrscher und Beherrschter als solche Rechtsgenossen sind."[6]) Also beide, Staat und Untertan, müssen gleichermaßen Träger von Rechten sein. „Das subjektive öffentliche Recht besteht seiner formellen Seite nach in Ansprüchen, welche sich aus konkreten Qualifikationen der Persönlichkeit ergeben."[7]) Nach der materiellen Seite ist hingegen subjektives öffentliches Recht solches, welches als um der überwiegenden Gemeinzwecke willen

---

[1]) Rehm a. a. O.
[2]) So Rehm a. a. O.
[3]) So Laband S. 433.
[4]) Arch. S. 65.
[5]) s. Abschn. III a.
[6]) Jellinek S. 10.
[7]) S. 52.

anerkanntes Individualinteresse dem Individuum als Glied des Gemeinwesens zuerkannt wird,[1]) somit „dem einzelnen wegen seiner gliedlichen Stellung im Staate zusteht". Die Grenze zwischen objektivem und subjektivem öffentlichen Recht entscheidet sich nach der „Zweckbeziehung der Normen des öffentlichen Rechts zu den menschlichen Interessen".[2]) Jeder Satz des objektiven Rechts dient selbstverständlich staatlichen Zwecken, nicht notwendig ist jeder Rechtssatz auch subjektiven Zwecken dienstbar. Indem das öffentliche Recht für alle oder auch eine bestimmte Gruppe von Untertanen Institutionen schafft, die diesen zugute kommen, ohne gleichzeitig dem einzelnen einen Anspruch auf diese Tätigkeit einzuräumen, liegt lediglich eine „Reflexwirkung des öffentlichen Rechts"[3]) vor. Reflexwirkung liegt also vor, wo ein Individualanspruch „durch die Natur der Sache oder durch Versagung des Rechtsschutzes" ausgeschlossen ist. So besteht kein „Recht" auf Anzeige strafbarer Handlungen, kein Recht auf Beiwohnung bei Gerichtsverhandlungen, obgleich das Gesetz die Öffentlichkeit derselben vorschreibt, ebenso wie kein Anspruch öffentlicher Natur auf Benutzung einer Straße, eines Museums usw.[4]) Formell liegt sonach im Gegensatz dazu ein subjektives öffentliches Recht vor, wo dem Individuum „die Fähigkeit gegeben ist, die Normen des öffentlichen Rechts in seinem Interesse in Bewegung zu setzen",[5]) materiell, wo das Vorhandensein „eines von der Rechtsordnung ausdrücklich oder implicite anerkannten Individualinteresses"[6]) festgestellt wird. Jedes subjektive öffentliche Recht ergreift aber die Persönlichkeit, ist nicht von seinem Träger zu trennen. Jeder Besitz eines subjektiven Rechts mehrt die Persönlichkeit, jede Entziehung eines solchen bedeutet auch eine Minderung der Persönlichkeit: „Daher ist die Persönlichkeit selbst juris publici".[7]) Alle Beziehungen, in welchen der einzelne zum Staate stehen

[1]) S. 53.
[2]) S. 68.
[3]) S 70.
[4]) S. 72 ff.
[5]) S. 79.
[6]) S. 70.
[7]) S. 82.

kann, werden durch Anerkennung der Rechtsordnung zu rechtlich qualifizierten Zuständen, aus denen sich Ansprüche ergeben, welche man eben als subjektive öffentliche Rechte bezeichnet. Die Persönlichkeit ist also selbst kein Recht, aber Gegenstand von Rechten und dem Staate gegenüber ein Zustand, ein Status, wie es schon die Römer bezeichneten. Innerhalb dieses status unterscheidet man eine Mehrheit von Statusverhältnissen. Im passiven status oder im status subjectionis befindet sich der einzelne innerhalb derjenigen Sphäre, welche die Summe des Unterworfenseins unter die Staatsgewalt umfaßt. Dies ist die hauptsächlichste und regelmäßige Eigenschaft. Im Gegensatz dazu gibt es auch ein Gebiet, innerhalb dessen das Individuum von der Staatsgewalt freibleibt, die „individuelle Freiheitssphäre des negativen Status, des status libertatis".[1]) Die Gruppe derjenigen Rechte, welche dem einzelnen im individuellen Interesse gegenüber der Staatsmacht eingeräumt sind, hat zur Grundlage den positiven Status oder den status civitatis. Endlich ist eine Heraushebung des Individuums möglich aus dem Zustand des bloßen Beherrschtseins in einen Zustand „gesteigerter, qualifizierter, aktiver Zivität" in dem sogen. aktiven Status, welcher bei demjenigen vorliegt, dem die Fähigkeit zuerkannt ist, für den Staat tätig zu werden, „politische Rechte im engeren Sinne"[2]) auszuüben. Auf den Staatsdienst übertragen, finden wir, daß der Staatsdiener aus dem negativen Status, in dem er sich bezüglich seiner Dienstpflicht befand, auf Grund seiner freiwilligen Unterwerfung sich erhebt in den Zustand aktiver Zivität. Er erfährt dadurch eine Änderung seines Status, nämlich teilweise eine Erhöhung, teilweise eine Minderung desselben,[3]) wovon im einzelnen noch zu reden sein wird.

Wenn wir nun fragen, was Gegenstand des im Staatsdienstvertrage begründeten Gewaltverhältnisses ist, so müssen wir dafür dasjenige erkennen, was Gegenstand des Staatsdienstvertrags überhaupt ist, die Dienstpflicht des Staatsdienstaspiranten.

---

[1]) S. 87.
[2]) a. a. O.
[3]) vgl. Jellinek S. 113 u. 177ff.

Soll aber der Staatsdienstvertrag nicht nur für die Begründung, sondern auch für den Inhalt des Verhältnisses von Wirkung sein, so muß bezüglich seines Gegenstandes Vertragsfreiheit herrschen. Das ist bezüglich seiner Dienstpflicht beim Staatsdiener tatsächlich der Fall. Den Beweis dieses Satzes wollen wir an der Hand zweier Elemente des Staatsdienstes führen, der Entlassung und der Versetzung. Betrachten wir zunächst, welche Beurteilung das Recht des Dieners auf Entlassung in der Literatur gefunden hat. Jellinek[1]) erklärt die Bestimmung des allgem. Landrechts Teil II Titel 10 §§ 95, 96, wonach die Entlassung verweigert werden kann, wenn daraus ein erheblicher Nachteil für das gemeine Beste zu besorgen sei, für „obsolet". Gegen das Recht der freien Aufkündigung würde diese Bestimmung prinzipiell noch nicht sprechen. Otto Mayer[2]) sagt: „Auch unsere neuen Zivilgesetzbücher gestatten nicht, daß der Diener im Dienstvertrage sich auf ewig binde. Denn das wäre eine Veräußerung seiner Freiheit, und diese ist extra commercium". Aber auch vom staatsrechtlichen Gesichtspunkt aus, ja selbst aus der Natur des im Staatsdienst enthaltenen Gewaltverhältnisses kann nur dieselbe grundsätzliche Freiheit der Resignation gefordert werden, „denn sonst wäre bei der umfassenden Willensuntertänigkeit des Dieners unter den Willen des Herrn der Staatsdienst Sklaverei".[3]) Andererseits ist nach dem positiven Recht auch dem Staate nicht das Recht einer unbedingten Entlassung eingeräumt. Dies folgt daraus, daß die Voraussetzungen, unter denen eine Entlassung geschehen darf, im Gesetze einzeln geregelt sind.[4]) Wir sehen bei der Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung des Beamtentums, daß gerade das Bestreben, den Beamten vor willkürlicher Entlassung zu schützen, dazu geführt hat, die rechtliche Natur des Staatsdienstes zu erforschen. Daß gerade die Absicht, dem Staate Dienste auf der Grundlage eines nicht willkürlich seitens des Dienstherrn lösbaren Ver-

[1]) a. a. O. S. 211 Anm. 1.

[2]) Arch. S. 73.

[3]) Rehm Bd. 2 S. 203.

[4]) vgl. dazu Loening § 29, der im übrigen den Beamten ein Recht auf Entlassung abspricht (S. 134 Anm. 1).

hältnisses zuzuführen, zur Schaffung neuer Beamtenkategorien in der neuesten Verwaltungsgesetzgebung geführt habe, behauptet Arndt[1]): „Daß jemand Beamter werden soll, bedeutet . . ., daß er, sobald er endgültig angestellt ist, nicht mehr beliebig aus Brot und Lohn gesetzt werden darf, sondern das Recht erhält, was Nichtbeamten fehlt, nur auf Grund Disziplinarerkenntnisses von seiner Stelle entfernt zu werden". Wir statuieren somit mit Jellinek[2]): „Dem konsequent die Dienstpflicht weigernden Beamten gegenüber gäbe es als ultima ratio eben nur die disziplinarische Entlassung". Das ist objektiv freilich nur eine Rechtsschranke für die Macht des Staates. Für die Beurteilung aber, ob die Lösung des Verhältnisses eine rechtmäßige war, gibt es kein anderes Mittel als die Interpretation des Vertragswillens. Der Diener hat sich dem Staate gegenüber zu Diensten verpflichtet. Dem Staate kommt aber eine Herrschaft zu „über nicht allseitig Subjizierte, d. h. über Freie".[3]) Der Diener ist eine Persönlichkeit, und er ist in bezug auf den Gegenstand des Staatsdienstverhältnisses eine Rechtspersönlichkeit, denn wir sahen oben,[4]) daß dem heutigen Gesetzesrecht ein Zwang zu einer Dienstpflicht unbekannt ist. Wenn also der Staat die ihm dargebotene Dienstpflicht in einer Weise anzuwenden beabsichtigte, die einem nach Treu und Glauben und nach den guten Sitten auszulegenden Vertragswillen nicht entspräche, so handelt er vertragswidrig. Es gibt Elemente des Vertragsrechts, die als solche nicht bloß dem Privatrecht, sondern dem allgemeinrechtlichen Gebiete angehören, und in diesem Sinne haben Treu und Glauben sowie die Rücksicht auf die guten Sitten auch im öffentlichen Rechte ihren durchaus berechtigten Platz. Dahin gehört aber z. B. das Moment, das Zachariae[5]) im Auge hatte, wenn er sagt: „Sowohl früher als später hat man aber vor Augen gehabt, daß es auch eine Verfassung gebe, daß der Staatsdiener auch Mensch und Bürger bleibe und sein Gewissen

[1]) Arndt S. 634.
[2]) S. 211 Anm. 1.
[3]) Jellinek S. 87.
[4]) s. Abschn. IIIa.
[5]) S. 40 Anm. 11.

nicht vor der Schwelle des Staatsdienstes zurücklasse". Widerspricht also die Art und Weise des Dienstes der Überzeugung des Staatsdieners und macht er deshalb von seinem Rechte Gebrauch, die Entlassung zu fordern, so handelt er rechtmäßig, denn der Staat ist ihm gegenüber vertragsuntreu geworden.[1]) Schulzes[2]) starkes, aber berechtigtes Wort: „Ein einseitiger Rücktritt, ein willkürliches Verlassen des anvertrauten Postens ist Desertion" findet somit auf solchen Fall entschieden keine Anwendung.[3]) Wie der Staat schon im eigenen Interesse den tüchtigen Diener nach Möglichkeit wird zu halten suchen, so ist es selbstverständlich auch Pflicht des treuen[4]) Dieners, die einmal übernommene Dienstpflicht dem Staate gegenüber innezuhalten. Es wäre bedauerlich, wenn das ethische Moment im Staatsdienste, welches gerade die Stärke des Beamtentums darstellt und das hervorgehoben zu haben ein Verdienst Perthes' ist, in der Wissenschaft dadurch verkümmert würde, daß man

[1]) Es ist hier noch einem Einwand zu begegnen, der dahin lauten würde, daß die Überzeugung des Staatsdieners auch eine irrige sein könne. Allein theoretisch ist ein Konflikt zwischen Staat und Diener, der nicht mit den Mitteln des Dienstrechts zu lösen wäre, nur schlecht denkbar. Die zuständige Stelle für die Lösung der Frage, ob die Gehorsamsweigerung des Dieners eine berechtigte war, ist das Disziplinargericht. Die Durchführung des Disziplinarverfahrens ist ein subjektives öffentliches Recht des Dieners, das im letzten Ende auf Grund des Art. 77 RV. zu realisieren wäre. Nun ist Zweck und Ziel des Staatsdienstverhältnisses die Förderung der Staatszwecke. Innerhalb des Dienstverhältnisses liegt diese Pflicht einseitig dem Staate ob. Der Diener genügt derselben Pflicht dadurch, daß er dem Befehl des Staates Folge leistet. Die Disziplinarbehörde tritt als Vertreter des Staats in seiner Eigenschaft als Vertragspartei auf. Erst wenn deren Ausspruch den Diener nicht befriedigt, entsteht für diesen die Frage, ob die Gehorsamserfüllung mit seinem Gewissen als Staatsbürger vereinbar sei. Denn Staatsbürger ist der Beamte vor dem Diensteintritt, und das Recht und die Pflicht, als Staatsbürger im Interesse des Staats zu handeln, besteht für ihn außerhalb des Dienstverhältnisses. Insoweit ist ein Konflikt möglich, und er erstreckt sich nicht nur auf den Fall, daß der Dienstbefehl dem allgemeinen Strafgesetz zuwiderläuft.

[2]) Deutsches Staatsrecht S. 340.

[3]) Über das Erfordernis der Gesinnung des Beamten vgl. im übrigen Perthes S. 52ff.

[4]) Über die Pflicht der Treue ist noch zu reden.

seine Berücksichtigung unter dem Gesichtspunkt des Vertragswillens auch dem Staat gegenüber als Pflicht aufzustellen verabsäumte.

Aber die Dienstpflicht allgemein erhält noch weiterhin eine Abgrenzung aus dem Vertrage nach einer bestimmten Richtung. Alle Rechtslehrer sind darüber einig, daß der Staatsdiener zu „bestimmten Diensten", zu „Diensten einer bestimmten Art" verpflichtet ist. Würde der Staat also den Diener zu Diensten anderer Art verwenden wollen, so müßte auch hierin eine Verletzung der Vertragspflichten erblickt werden. In der Literatur ist das Gefühl dafür, daß hier eine weitere Rechtsschranke vorliegt, gar wohl vorhanden. Aus dem Zweck des Staatsdienstverhältnisses folgt, daß Vertragsbestimmungen dort ausgeschlossen sein müssen, wo das Staatswohl mit der Vertragswillkür im Widerspruch stehen würde. Sonach wird hier gefordert, daß der Wille der Parteien dem objektiven Rechte „genehm" sei.[1]) Allein selbst innerhalb des durch die Rücksicht auf den Staatszweck bestimmten Gebietes gibt es Schranken, welche der Verwaltung durch das Gesetz gesteckt sind. Dies gilt von der Versetzung (§ 23 RBG.), worauf schon Gerber[2]) hinweist. Es wäre danach unzulässig, „einen Oberförster gegen seinen Willen zum Gymnasiallehrer oder einen Staatsanwalt zum Postdirektor zu machen".[3]) Es ist allerdings zuzugeben, daß auch die Rücksicht auf den Dienst und auf die dadurch bedingte Förderung der Staatszwecke eine solche Maßregel nicht empfehlen dürfte, und daß insofern auch diese Bestimmung des positiven Rechts als zunächst im Interesse des Staates getroffen erscheint. Doch weist Otto Mayer[4]) mit Recht darauf hin: „Wenn eine Maßregel solcher Art vorkam, wurde sie stets als Unrecht empfunden, nicht bloß als unzweckmäßig". Es liegt also eine wirkliche Rechtsschranke vor. Nicht minder unzulässig wäre es, etwa einen Staatsbeamten zu Hofdiensten verwenden zu wollen, denn der Beamte hat sich verpflichtet, für den Staat, nicht für die Person

[1]) vgl. Rehm Bd. 2 § 47.
[2]) Gerber § 36 N. 9.
[3]) Otto Mayer a. a. O. S. 68.
[4]) Derselbe a. a. O.

des Monarchen seine Dienste zur Verfügung zu stellen, und ein entgegengesetztes Verhalten des Staates würde einen vertragswidrigen Gebrauch der anvertrauten Dienstpflicht enthalten. Wir sehen an allen diesen Beispielen, daß nicht das Was der Dienstpflicht es ist, welches von dem Gewaltverhältnis ergriffen wird, sondern das Wie. Alle Bestimmungen des sich in dem Gewaltverhältnis erschöpfenden Dienstverhältnisses enthalten nur die Art und Weise, wie der Staat sich der Dienstpflicht zu seinem Zwecke bedienen will, der Gegenstand selbst bleibt rechtlich auch während des Verhältnisses in der Disposition des Dieners und muß es bleiben, will der Staat nicht die vor dem Vertrage anerkannte Rechtspersönlichkeit des einzelnen negieren und damit selbst aus einem Rechtssubjekt zum bloßen Machtsubjekt werden.[1]) Die Natur des Gewaltverhältnisses wird durch unsere Auffassung weder in ihrem Wesen noch in ihrem Umfang irgendwie geschmälert, sie ist es, welche die öffentlichrechtliche Eigentümlichkeit des Dienstverhältnisses darstellt, „daß Rechtsschutz Gewährender und — direkt oder indirekt — Verpflichteter ein und dieselbe Person: der Staat ist".[2])

b) Elemente des Staatsdienstes.

1. Das Amtsverhältnis.

Wir sahen, daß der Diener durch den Dienstvertrag in einen Zustand aktiver Zivität erhoben werden soll. Die Verwirklichung dieses Zustandes erfolgt aber noch nicht durch den Dienstvertrag als solchen, sondern erst durch die Verleihung eines Amtes. Diese bildet, wie der Zustand der aktiven Zivität überhaupt, ein Recht des damit Beliehenen, und da sich der Beamte dazu qualifiziert hat durch Hingabe seiner Dienstpflicht, bildet die Übertragung dieses Rechtes, wodurch allein die Dienstpflicht realisiert werden kann, zugleich eine Pflicht des Staates. Diese Pflicht folgt aus dem Vertrage, somit ist dem Staatsdiener ein Anspruch auf ein Amt zuzuerkennen. Was Jellinek da-

[1]) vgl. Jellinek S. 11.
[2]) Derselbe S. 67.

gegen anführt, daß die Verfassung nur negativ festgestellt habe, daß alle zu den Ämtern gleichmäßig zuzulassen seien, dagegen keinen Anspruch auf ein Amt für den einzelnen begründet habe,[1]) trifft nur den Untertan als solchen. Im Gegensatz dazu hat der Staatsdiener einen besonderen Rechtsgrund, eine besondere Qualifikation im Vertrage aufzuweisen. Dies drückt Jellinek[2]) in der Weise aus, „daß der Staatsdiener den Anspruch erwirbt, als solcher zu gelten, d. h vom Staate anerkannt zu werden". Durch den Vertrag wird man aber bereits Staatsdiener, die Verwirklichung der Geltung als ein solcher kann eben nur durch Übertragung des Amtes erreicht werden. Wenn andererseits Jellinek ein Recht der Wähler zur Volksvertretung und ein Recht der Gewählten anerkennt, so können wir mit Otto Mayer[3]) annehmen, daß das Recht auf die Amtsstellung ebensogut konstruierbar ist. Freilich nur ein Recht auf ein Amt, nicht auf das Amt, nämlich dasjenige, welches der Beamte innehat oder das für ihn zunächst in Aussicht genommen ist. In der Auswahl des Amtes zeigt sich eben die vorwiegende Berücksichtigung der Staatszwecke. Hier müssen die Interessen des einzelnen denjenigen des Staates weichen. Es dürfte auch praktisch nicht dazu kommen, dem Diener das Recht auf ein Amt zu versagen, denn es würde durchaus den Interessen des Staates widersprechen, wenn dieser einerseits den Diener an seine Dienstpflicht binden wollte, andererseits aber die Absicht hätte, dieselbe nicht zu verwerten. Danach erledigt sich auch der Einwand Otto Mayers,[4]) wonach hierin eine verschiedene Behandlung des Staates gegenüber dem Dienstherrn nach Zivilrecht läge, wonach dieser auf die Dienste des Gedungenen frei verzichten könnte, während dem Staate eine solche Möglichkeit nicht zustände. In dieser Beziehung sind auch die Richter den übrigen Beamten gleichzustellen, obgleich für sie in § 8 GVG. der Grundsatz statuiert ist, daß sie „wider ihren Willen nur

---

[1]) vgl. Jellinek S. 177 ff.

[2]) Derselbe S. 180. Gegen ein solches Recht auf Anerkennung als Träger eines aktiven Status überhaupt. Laband S. 331 N. 1.

[3]) VerwR. S. 225 Anm. 10.

[4]) Arch. S. 85.

kraft richterlicher Entscheidung und nur aus den Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in Ruhestand versetzt werden" können. Diese Vorschrift ist überwiegend im Interesse des Staates aufgestellt, um die Unabhängigkeit der Rechtsprechung zu garantieren, nicht aber sollte damit dem einzelnen ein Anspruch auf Beibehaltung des Amtes eingeräumt werden.[1]) Es liegt somit eine Reflexwirkung eines Gewaltrechts vor. Es würde aber auch zu unannehmbaren Konsequenzen führen, wollte man etwa einen Staatsanwalt und einen Richter in der Beziehung zu ihrem Amt unter verschiedenen Gesichtspunkten betrachten.[2]) Im Gegensatz zur Begründung des Dienstverhältnisses erfolgt die Übertragung des Amtes durch einen einseitigen Hoheitsakt des Staates,[3]) der seine Kraft wiederum aus dem Vertrage schöpft. In dem Wesen des Amtes liegt das Recht zur Führung staatlicher Geschäfte, „die nicht der formellen Gesetzgebung angehören, also verwaltender und richterlicher Natur sind".[4]) „Die Staatsgewalt läuft aus bis in kleine und kleinste Äderchen, und bis zu diesen letzten Ausläufern können bestellt sein und sind tatsächlich bestellt besondere Beamte, welche die Staatshoheit darstellen".[5]) Begrifflich gehören auch die Beamten der Selbstverwaltungskörper zu den Staatsbeamten,[6]) weil auch sie staatliche Geschäfte führen. Sie sind mittelbare Staatsbeamte im Gegensatz zu den unmittelbaren.[7]) Dagegen sind sie es nicht im Sinne ihrer Berufung zum Amte, „weil und insofern bei derselben das dem herrschaftlichen gegenüberstehende genossenschaftliche Element zutage tritt".[8]) Aus der Stellung des Amtes innerhalb der Behördenorganisation folgt die dienstliche Unterordnung unter ein anderes Staatsorgan.[9])

[1]) vgl. Jellinek S. 179.
[2]) vgl. Otto Mayer im Arch. S. 79.
[3]) Jellinek S. 179; Rehm Teil 2 S. 163.
[4]) Jellinek S. 177.
[5]) Zorn S. 294.
[6]) Über die Terminologie vgl. Rehm Bd. 2 S. 80/81.
[7]) Ebenso Georg Meyer S. 497; RG. in Zivils. Bd. 62 S. 241.
[8]) Rosin in Annalen 1883 S. 315.
[9]) So Loening S. 115.

Im Verhältnis nach außen enthält das Staatsamt das Recht, namens und in Vertretung des Staates zu handeln.[1]) In dieser Vertretereigenschaft des Beamten, in welcher das positive Recht ihn stets behandelt, liegt — inzidenter bemerkt — gerade auch der Nachweis, daß dieses nicht auf der organischen Theorie, sondern auf der Fiktionstheorie basiert.[2]) Diese Vertretungsmacht des Amtsträgers nach außen stellt in seinem inneren Verhältnis zum Staate seine Kompetenz dar, die ihrerseits niemals subjektives, sondern stets objektives Recht ist.[3]) Aus dieser Begriffsbestimmung und dem bisher Gefundenen ergibt sich eine Reihe von Unterschieden gegenüber den übrigen beamtenähnlichen Kategorien. Vor allem schwierig ist die Abgrenzung gegenüber dem Ehrenamt. Der Hauptunterschied besteht darin, daß Grundlage desselben nicht eine Dienstpflicht ist, die unabhängig davon wäre, vielmehr diese Dienstpflicht sich in der Amtspflicht erschöpft, mit ihr zusammenfällt.[4]) Der Berufung zum Ehrenamt liegt politisch der richtige Gedanke zugrunde, daß die Ausfüllung dieses Amtes dem einzelnen persönlich oder einem engeren Gemeinwesen oder Interessenkreise innerhalb des Staates, dem der einzelne angehört, Nutzen bringt und somit für die Übernahme auf entsprechende Beweggründe bei dem einzelnen gerechnet

---

[1]) s. Triepel S. 7.

[2]) Rehm, Staatslehre S. 154.

[3]) Jellinek S. 227.

[4]) Derselbe S. 183/84 Fölsche (S. 54) definiert das Ehrenamt als den „Geschäftskreis von Organpersonen öffentlichrechtlicher Körperschaften, der mit keiner Besoldung verbunden ist". Dieser Begriff ist, wie oben (S. 14 Anm. 2) dargelegt, insofern zu weit, als er nicht unterscheidet, ob die öffentlichrechtliche Körperschaft unmittelbar staatliche Aufgaben oder solche der Selbstverwaltung verfolgt. Dieser Unterschied ist im einzelnen allerdings nicht leicht zu ziehen, so daß Labands Ansicht berechtigt erscheint, der für das Ehrenamt eine „Zwischenbildung" annimmt (s. oben S. 14 Anm. 4). Diese Erscheinung erklärt sich einmal daraus, daß staatliche Aufgaben und solche der Selbstverwaltung sich in einem und demselben Amte vereinigen können, so daß es zweifelhaft scheint, welcher Kategorie dasselbe zuzuweisen ist. Ferner folgt es auch aus der Entstehungsgeschichte der deutschen Selbstverwaltung als einer vom Staate aufoktroyierten Organisation, daß sie einer starken staatlichen Aufsicht unterliegt.

wird, wie Gemeinsinn, Untertanentreue, Ehrgeiz.[1]) In einzelnen Fällen, wie beim Gutsvorsteher nach der Kreisordnung §§ 31 ff., wird, wenn auch nicht der Beruf, so doch die Stellung in gewisser Weise für den Staat gebunden. Die Ehrenämter stellen somit eine Zwischenbildung dar, nicht nur nach der Seite der Amtspflicht der Untertanen, sondern auch gegenüber dem staatlich gebundenen Beruf.[2]) Staatsamt und staatlich gebundener Beruf unterscheiden sich dadurch, daß das Amt Pflichten und Rechte aus sich selbst gewährt, etwas beim Bürger schon Vorhandenes zu seinem Bestande nicht voraussetzt, sondern ihm erst als Ganzes vom Staat Überkommenes darstellt, während hier Rechte des Berufes aus diesem selbst entspringen, somit auf der Freiheitssphäre des Individuums beruhen, während neu hinzutretend ein bestimmter Pflichtenkreis dieses gegebene Ganze in gewisser Beziehung beeinflußt. Freilich sind auch hier es Staatsaufgaben, welche im staatlich gebundenen Beruf erfüllt werden, aber es liegt kein Staatsdienst vor, andererseits auch kein Amt deshalb, weil die betreffenden Berufe nicht der Behördenorganisation eingegliedert sind und weil keine Pflicht zur Ausübung des Berufes besteht. Wer nie seinen Beruf ausgeübt hat, hat auch nie die damit verbundenen öffentlichen Pflichten übernommen.[3])

Im Verhältnis nach innen, zum Herrscher, sind sonach dem Staatsdiener im Amte gegenüber zwei voneinander zu scheidende Verhältnisse wirksam, das Amts- und das Dienstverhältnis.[4]) Demnach fließen Rechte und Pflichten des Staatsdieners sowie sonstige Elemente einmal kraft des Dienstverhältnisses aus dem Vertrage und außerdem kraft des Amtsverhältnisses aus der einseitig staatshoheitlichen Anstellungsverfügung. Die Amtspflicht enthält eine Potenzierung der Dienstpflicht. Endigt die Amtspflicht, so kann trotzdem die Dienstpflicht weiterbestehen. Die Scheidung zwischen Amts- und Dienstverhältnis hat nach Labands Vorgang, der insoweit auf Meisterlin zurückgeht,[5]) in der

---

[1]) Otto Mayer, VerwR. S. 209/10.

[2]) vgl. Laband S. 434 Anm. 2 und v. Rheinbaben § 1 Anm. I C., D.

[3]) vgl. Triepel, z. B. S. 24.

[4]) vgl. Rehm Bd. 2 S. 164.

[5]) vgl. oben S. 8 u. 14.

Literatur überwiegende Anerkennung gefunden. Daß auch das Reichsgericht auf diesem Standpunkt steht, beweist die Entscheidung in Strafsachen Bd. 10 S. 201, welche auch den engen Zusammenhang zwischen Amt und Beamten richtig hervorhebt: „Die Regel ist, daß der Beamte auch ein Amt bekleidet und der Träger eines Amtes auch als Beamter anzusehen ist".

2. Elemente des Gewaltverhältnisses.

A. Das Disziplinarstrafrecht. Das Disziplinarstrafrecht hat der Beamte mit anderen Kategorien gemein, welche nicht als reine Staatsdiener aufzufassen sind, so mit den Ehrenbeamten der Selbstverwaltung, z. B. dem Gutsvorsteher nach dem preußischen Gesetze v. 21. 7. 1852.[1]) Andererseits finden die Vorschriften des Disziplinarrechts auch Anwendung auf nicht im Dienst befindliche Beamte, mit Ausnahme jedoch der Pensionäre.[2]) Letzterer Umstand veranlaßt uns, das Disziplinarrecht als einen Teil des aus dem Vertrage entstandenen Gewaltverhältnisses anzusprechen. Das Unterworfensein unter die Disziplinargewalt ist eine Äußerung der Statusminderung des Beamten im Subjektionsverhältnis.[3]) Diese äußert sich ferner auch in den schwereren Bestimmungen des Strafgesetzes, die auf den Beamten Anwendung finden. Die Disziplinargewalt ist andererseits nicht Äußerung der Herrschergewalt.[4]) Aus diesem Gesichtspunkt ist es nicht berechtigt, das Disziplinarstrafrecht als einen Teil des Strafrechts, als ein Spezialstrafrecht aufzufassen.[5]) Die Erkenntnis, daß das Disziplinarstrafrecht nicht auf der Strafgewalt des Staates, sondern auf seiner Dienstherrlichkeit ruhe, geht zurück auf Laband, der eine Parallele mit privatrechtlichen Dienstverhältnissen zieht und in dem Disziplinarrecht das Mittel zur Erzwingung der Dienstpflicht erblickt: „Bei den Dienstverhältnissen oder Gewaltverhältnissen

---

[1]) v. Rheinbaben S. 37.
[2]) Brand S. 133 Anm. 5 und v. Rheinbaben S. 63.
[3]) Jellinek S. 113.
[4]) Derselbe S. 214.
[5]) Brand S. 133; übereinst. v. Liszt, Strafrecht (1908) S. 249.

tritt an die Stelle der Forderung der Befehl und an die Stelle der Klage der Zwang".[1]) Aus der Natur der Einseitigkeit des Verhältnisses folgt, daß dem Diener ein Disziplinarrecht gegen den Staat nicht zustehen kann, denn seine Rechte sind nicht Gewalt-, sondern Forderungsrechte.[2]) Das Disziplinarrecht fließt, streng genommen, nicht aus dem Dienstverhältnis als solchem, sondern aus dem dasselbe in der dem öffentlichen Recht eigentümlichen Weise charakterisierenden Gewaltverhältnis. Daraus erklärt sich, was Jellinek[3]) anführt, daß ein Disziplinarrecht auch in den dem Untertanendienst entspringenden Amtsverhältnissen Platz hat, denn auch diese stellen ein dem Untertanenverhältnis gegenüber potenziertes Verhältnis der Gewalt dar. Für uns offenbart sich im Disziplinarrecht am reinsten die einseitig öffentlichrechtliche Natur des Dienstverhältnisses.

B. Rechte des Beamten. Als Rechte des Beamten werden vorzugsweise erwähnt das Recht auf strafrechtlichen Schutz sowie auf Titel und Rang.[4]) In dem Recht auf staatlichen Schutz sieht Laband ein besonderes Analogon zu dem schon öfters erwähnten Institut der Vasallität.[5]) Dieses Recht folgt nicht aus der Dienstpflicht, sondern aus dem Amtsverhältnis, aus der Organstellung des Beamten. Es verwirklicht im Verhältnis nach außen dasselbe, was der Staat im Innenverhältnis durch das Disziplinarrecht dem Beamten gegenüber erreicht: Die Durchführung der staatlichen Aufgaben. Nicht dem Beamten als Individuum steht das Recht zu, sondern in seiner Eigenschaft als Vertreter des Staates, denn in seinen Organen ist der Staatswille selber wirksam.[6]) Die Verwirklichung des Rechts dient in vorzüglicher Weise dem Staate, denn dieser ist an der Durchführung der Staatsaufgaben besonders interessiert.[7]) Die Auffassung Labands,[8]) daß auch die Person des eine Amtshand-

[1]) Laband S. 486; dagegen Jellinek S. 214 Anm. 1.
[2]) s. Rehm Bd. 2 S. 189 u. 194.
[3]) a. a. O.
[4]) Otto Mayer im Arch. S. 65; Jellinek S. 181; Rehm Bd. 2 S. 102ff.
[5]) Laband S. 495.
[6]) Jellinek S. 224.
[7]) vgl. Rehm Bd. 2 S. 103.
[8]) Staatsrecht S. 496.

lung ausübenden Beamten Objekt des Angriffs auf die Staatsgewalt sei, verkennt, daß strafrechtlich der Beamte schon in seiner Eigenschaft als Staatsbürger geschützt ist.[1]) Der Staat bestimmt event. auch Art und Umfang der Anwendung des strafrechtlichen Schutzes (Strafantragsrecht der vorgesetzten Behörde, § 196 RStGB.). Dadurch daß der Schutz nur dem legitimierten Amtsträger zuteil wird (z. B. § 113 StGB.), kann z. B. Widerstand gegen die Staatsgewalt auch dem Vertreter gegenüber begangen werden, unter Umständen sogar einem solchen, der im Innenverhältnis zum Staate zur Vertretung nicht befugt ist. Aus diesen Gründen möchten wir hier ein subjektives Recht des Beamten verneinen.[2]) Aber auch eine Reflexwirkung des Gewaltrechts ist nicht anzunehmen, denn eine solche stellt eine Wohltat dar, zu deren Benutzung keine Verpflichtung besteht. Dagegen kann eine solche Pflicht zur Anrufung staatlichen Schutzes für den Beamten wohl entstehen, und ihre Durchführung erfolgt event. im Disziplinarwege. Auch kann im konkreten Fall die Anwendung des Schutzrechts den individuellen Interessen des Beamten direkt widerstreiten,[3]) wenn etwa bei Beamtenbeleidigung der Beamte persönlich am liebsten die Sache totschweigen würde.[4]) Es liegt seiner Natur nach somit eine dem Beamten als Organ zustehende Kompetenz[5]) vor, als Annexum einer Pflicht, derjenigen zur Führung der Amtsgeschäfte. Auch an dem Charakter der persönlichen Ehrenrechte des Beamten[6]) erkennt man, daß es sich hier um im Staatsinteresse jedenfalls sehr gebundene Rechte handelt. Sie stellen Akzidentalien dar des einen großen Rechts auf Betätigung, das aus dem Vertrage folgt und seine Verwirklichung in der Amtsstellung findet. In dieser, nicht im Vertrag ist auch der Ursprung dieser Rechte zu suchen, deren im übrigen individualisierter Charakter ja anerkannt ist.[7])

[1]) vgl. Rehm a. a. O.
[2]) Übereinst. Rehm a. a. O.; Georg Meyer S. 528/29.
[3]) vgl. Otto Mayer im Arch. S. 65 Anm. 95.
[4]) Bornhak, Grundriß des deutschen Staatsrechts (1910) S. 171.
[5]) vgl. Jellinek S. 223 ff.
[6]) vgl. im übrigen Laband S. 511 f.
[7]) Jellinek S. 177 ff.

Im Vertrage ist jedoch auch der Besoldung der Charakter nicht eines essentiale, sondern eines accidentale negotii zuzusprechen.[1]) Dies folgt daraus, daß dem Staatsdienstverhältnis als solchem die Besoldung nicht wesentlich ist, vielmehr diese nur die Regel darstellt.[2]) Wäre ferner die Besoldung wesentlich, so müßte sie als ein privatrechtliches Entgelt für die geleisteten Dienste aufgefaßt werden, und es müßte nicht nur dieses Element, sondern auch das ganze Verhältnis dem Privatrecht zugewiesen werden, so daß wir einen zivilrechtlichen Vertrag mit gewissen öffentlichrechtlichen Wirkungen[3]) erhielten. Tatsächlich wird von einigen Schriftstellern[4]) ein privatrechtlicher Anspruch auf die Besoldung angenommen, und auf diesem Standpunkt steht auch das Reichsgericht.[5]) Die Anhänger dieser Theorie gehen von der breiteren Basis der vermögenswerten Ansprüche aus und unterscheiden außerhalb der Besoldung Auslagen und Schadensersatz. So Bluntschli, auf den sich Rehm[6]) beruft: „Das Recht auf Ersatz der Auslagen, die der Beamte im Interesse des Staatsdienstes macht, und des Schadens, den er im öffentlichen Dienste erlitten hat, ist eine rein privatrechtliche Wirkung seiner Stellung und steht besoldeten und unbesoldeten Beamten gleichmäßig zu".[7]) Allein diese „Auslagen", worunter Umzugskosten, Tagegelder, Fuhrkosten, Funktionszulagen usw. gemeint sind, finden sich in Spezialnormen des öffentlichen Rechts geregelt, welche eine überwiegende Berücksichtigung des Staatsinteresses dadurch verraten, daß sie vielfach von den Normen des Privatrechts abweichen.[8]) Die erforderlichen Summen werden von vornherein im Etat ausgeworfen, der Staat bestimmt einseitig den Umfang, wofür z. B. der Charakter der Pauschsummen für gewisse Bedürfnisse spricht, oder es verrät sich wie

---

[1]) Gegen Otto Mayer im Arch. S. 66.
[2]) Laband S. 500.
[3]) Otto Mayer im Arch. S. 57/58.
[4]) So Rehm Bd. 2 S. 104ff.
[5]) Entsch. in Zivils. Bd. 37 S. 160, dagegen Bd. 42 S. 125.
[6]) a. a. O.
[7]) Bluntschli S. 619.
[8]) s. Jellinek S. 182.

bei den Repräsentationsgeldern das staatliche Interesse dadurch, daß ihre Verwendung vorzüglich staatlichen Bedürfnissen entspricht.[1]) Daraus folgt, daß diese Elemente wesentlich dem Dienstrecht des Staates angehören. Schadensersatzansprüche, soweit damit nicht dasselbe gemeint ist wie Ersatz der Auslagen, können nur insoweit statthaben, als sie sich auf eine Vertragsverletzung oder einen deliktischen Anspruch stützen. Entgegenstehende öffentlichrechtliche Normen schließen jedoch die analoge Anwendung des Privatrechts aus[2]) (z. B. Unfallfürsorgegesetz v. 18. 6. 1887). Es ist ein Irrtum, anzunehmen, daß der Begriff des Vermögensrechts sich mit dem des Zivilrechts decke,[3]) daß somit geldwerte Ansprüche überall, wo sie angetroffen werden, dem Zivilrecht zuzuweisen wären.[4]) Demgemäß ist auch die Besoldung, insbesondere von Laband, ihrem Wesen nach als eine standesgemäße Alimentationsrente treffend bezeichnet worden.[5]) Darin liegt, daß sie einem Persönlichkeitsrecht entspringt, weil der Beamte „seine ganze Persönlichkeit in den Dienst des Staates stellt, diesem nicht bloß eine Reihe einzelner Dienste leistet“,[6]) daß somit die Analogie dafür in den Unterhaltsansprüchen des Familienrechts zu suchen ist. Dadurch widerlegt sich der Einwand Otto Mayers,[7]) der in der Bezeichnung Labands einen wertlosen Namen findet. Die Besoldung stellt somit ein subjektives öffentliches Recht des Beamten dar, und eine Erkenntnisquelle für deren individualisierten Charakter bildet der hierfür zulässige Weg der Zivilrechtsklage.[8]) Auch die Pension bildet „eine feste Jahresrente, die die standesgemäße Altersversorgung des Beamten bildet“.[9]) Ihr Analogon kann sie wiederum nur im Familienrecht finden an der Unter-

---

[1]) vgl. Laband S. 497ff.
[2]) vgl. Stepkes (Diss.) S. 37 u. 38.
[3]) So Sohm; dagegen Jellinek S. 59.
[4]) vgl. Otto Mayer, VerwR. S. 249.
[5]) Laband S. 500.
[6]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 51 S. 305.
[7]) a. a. O. Anm. 2.
[8]) Ebenso Jellinek S. 181.
[9]) Brand S. 79 Anm. 8.

haltspflicht bedürftiger Verwandten einander gegenüber.[1]) Wenn aber die vermögensrechtlichen Ansprüche des Beamten dem öffentlichen Rechte zuzuweisen sind, so fällt für uns jede Veranlassung weg, das Staatsdienstverhältnis in einem seiner Teile dem Privatrecht einzureihen, denn nur wegen dieser vermögensrechtlichen Ansprüche nehmen einige Schriftsteller, insbesondere Rehm, ein gemischtes, teilweise dem öffentlichen und teilweise dem privaten Recht angehöriges Verhältnis an. Das Beamtenverhältnis ist jedoch durchaus einheitlich und gehört sowohl seiner Begründung, seinem Zweck wie seinem Inhalte nach dem öffentlichen Recht an.[2])

C. Pflichten. Das Dienstverhältnis zerfällt juristisch in eine Reihe von Einzelpflichten, nur daß diese durch ein einheitliches Gewaltverhältnis zu einem Ganzen gebunden sind. Im einzelnen werden in der Literatur genannt: der Gehorsam gegenüber dienstlichen Befehlen, die Pflicht der Amtsverschwiegenheit und eines achtungswürdigen Verhaltens. Der Umstand, daß die ersteren beiden wieder in eine besondere Kategorie der Amtspflichten zusammengefaßt werden,[3]) deutet darauf hin, daß diese Pflichten ihren eigentlichen Ursprung erst haben in dem einseitigen Akt der Anstellung. Es ist nun sehr bestritten, inwieweit dem Beamten gegenüber dienstlichen Befehlen ein Prüfungsrecht zusteht. Für uns hat diese Frage nur insoweit ein Interesse, als zu beurteilen ist, ob dadurch die vertragliche Dienstpflicht selbst oder aber nur die Art und Weise ihrer Ausführung involviert wird. Der Beamte braucht in ersterer Hinsicht demnach nur diejenigen Anordnungen seiner Vorgesetzten zu befolgen, die auf seine Dienststellung als solche Bezug haben: „Befehle, die Privatgeschäfte seiner Vorgesetzten betreffen, braucht er nicht zu befolgen".[4]) Die Innehaltung dieser Grenzen ist, wie wir schon oben[5]) bemerkten, für den Staat eine Vertragspflicht. Selbst-

---

[1]) Über Pension als „Nahrungsstand" Gönner S. 147ff.
[2]) So insbesondere die Auffassung von Laband.
[3]) Loening S. 122.
[4]) So Brand S. 30 Anm. 4a in Übereinstimmung mit Laband S. 460.
[5]) vgl. oben Abschn. IVa.

verständlich ist der Beamte für die „Gesetzmäßigkeit“[1]) seiner Handlungen auch insoweit verantwortlich, als diese dem allgemeinen Strafgesetz zuwiderlaufen.[2]) Diese Pflicht liegt aber dem Staatsdiener nicht als solchem, sondern schon in seiner Eigenschaft als Staatsbürger ob, denn Staatsbürger ist der Beamte — wenigstens in der Regel — schon bevor er in das Beamtenverhältnis eintritt. An der Pflicht zu achtungswürdigem Verhalten dokumentiert sich deutlich, daß das Recht des Staates aus dem Dienstverhältnis kein Recht „gegen“, sondern „über“ eine Person, ein Persönlichkeitsrecht ist. Die Verpflichtung ist unmittelbar in dem Gewaltrecht enthalten und folgt aus dem Interesse des Staates, nach außen hin durch seine Organe würdig vertreten zu werden.[3]) Es ist unrichtig, darin eine Standespflicht zu erblicken, die aus dem Charakter des Staatsdienstes als eines Lebensberufs folge, wie es Schulze[4]) tut. Interessant ist die Erscheinung, daß sowohl die Rechtsanwaltsordnung als auch die Standesordnung für Ärzte in Preußen in bewußter Anlehnung an die Beamtengesetze die gleiche Vorschrift enthalten.[5]) Es ist eine Eigentümlichkeit der vielen verschiedenartigen Gewaltverhältnisse des öffentlichen Rechts, daß sie alle eine gewisse Beschränkung der persönlichen Freiheit im Gefolge haben,[6]) ohne daß die Grundlage des Gewaltverhältnisses selbst notwendig in einem Vertrage zu suchen wäre. Außer den erwähnten Pflichten bestehen noch weitere zur Unterlassung bestimmter Handlungen, die an und für sich der Freiheitssphäre des Individuums angehören,[7]) z. B. der jetzt freilich unpraktische Heiratskonsens[8]) sowie das Verbot des Betriebes von Nebengewerben (RBG. § 16). Es zeigt sich in diesen Erscheinungen, daß der Beamte durch das Dienstverhältnis eine Minderung seiner Persönlichkeit, eine

---

[1]) § 13 RBG.
[2]) Bornhak 1912 S. 51.
[3]) vgl. Laband S. 465 f.
[4]) Preuß. Staatsrecht S. 323; dagegen Laband a. a. O. N. 1.
[5]) vgl. darüber Triepel S. 21 ff. u. 55 ff.
[6]) vgl. Jellinek S. 216 ff.
[7]) vgl. darüber Rönne S. 451 ff.
[8]) vgl. Bornhak S. 57.

capitis deminutio erlitten hat,[1]) wie andrerseits gewisse Privilegien, wie Steuerfreiheit[2]) und Befreiung von Vormundschaften,[3]) eine Mehrung seiner Rechtspersönlichkeit darstellen.

Eine Pflicht des Beamten bedarf noch näherer Erörterung, die Pflicht der Treue, insofern dieselbe ein wichtiges Argument für die Richtigkeit unserer Auffassung darstellt, wonach der Vertragsbegriff auch während des Staatsdienstverhältnisses wirksam bleibt. Die Treupflicht hat ihre Wurzeln wesentlich in deutschrechtlichen Instituten. Treugelöbnisse gab es hier auch im Obligationenrecht zur Bestärkung der persönlichen Haftung.[4]) Treugelöbnisse sind aber ganz besonders eigen dem Institut der Vasallität und dem zum Teil auf seiner Grundlage erwachsenen Lehnsverhältnis. „Die Vasallität war ein Schutz- und Dienstverhältnis, das durch einen Treueid und den symbolischen Akt der Kommendation eingegangen wurde."[5]) Der Treupflicht liegt sonach schon ihrem Ursprung nach ein persönliches Moment zugrunde, sie galt der Person des Dienstherrn, bezw. des Königs. Dieser Charakter wohnt ihr auch heute noch bei, das zeigt die Fassung des Diensteides,[6]) in dem sie gelobt wird: Dieser wird dem Monarchen, nicht dem Staate geleistet. Auf der Verkennung des Umstands, daß die Treupflicht der Person des Königs geschuldet wird, beruht die Streitfrage, ob die Treupflicht eine Rechtspflicht oder eine moralische Pflicht sei.[7]) Damit hängt die Erörterung zusammen, ob der Beamte als Parlamentsmitglied einer oppositionellen Richtung angehören dürfe.[8]) Beides hat mit dem Wesen der Treupflicht keinen inneren Zusammenhang. Der Zweck der Treue tritt klar hervor in folgenden Sätzen: „Das sittliche Moment der Treue soll die juristische Pflicht des Gehorsams überall durchdringen und vergeistigen"[9]) und „Es be-

---

[1]) Jellinek S. 113.
[2]) Loening S. 133.
[3]) Dazu Otto Mayer im Arch. S. 65 u. N. 95.
[4]) Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte 3. Aufl. S. 201.
[5]) Derselbe a. a. O. S. 68.
[6]) Dazu auch Rehm Bd. 2 S. 86.
[7]) Derselbe S. 87.
[8]) Schulze, Deutsches Staatsrecht S. 327.
[9]) Derselbe, Preuß. Staatsrecht S. 318.

ruht noch auf ihr der moralische Zusammenhang und die Harmonie des Beamtenorganismus großenteils".[1]) Daraus folgt, daß in der Treupflicht „das subjektive Moment, das Gewissen des Verpflichteten" dominiert, „und dadurch unterscheidet sich die Treue von dem Gehorsam".[2]) Treu kann aber nur derjenige sein, der nicht gezwungen dient, der sich bewußt ist, daß nur sein freier Wille ihn in dem Subjektionsverhältnis festhält. Da aber diese Tatsache sich nur auf der Grundlage eines Vertrages festhalten läßt, der insoweit auch den Inhalt des Verhältnisses beherrscht, so finden wir in dem Charakter der Treupflicht ein bedeutsames Argument für diese unsere Auffassung.

---

[1]) Bluntschli S. 625.

[2]) Ehrenberg, Kommendation und Huldigung, 1877 S. 112.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Am 28. Juni 1887 bin ich, Henryk Ignacy Łasiński, zu Breslau geboren. Ich bin der Sohn des Geh. Sanitätsrats Dr. Łasiński und seiner Ehefrau Tatiana geb. v. Fewson. Ich bin preußischer Staatsangehörigkeit und katholischer Konfession. Meine Schulbildung erhielt ich auf der Knabenschule des Dr. Karl Mittelhaus zu Breslau und dem dortigen Kgl. kath. St. Mathias-Gymnasium. Auf letzterem bestand ich im Herbst 1905 die Reifeprüfung. Nach bestandener Prüfung widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft auf den Universitäten zu Genf (1 Semester) und Breslau. Am 2. Juni 1910 bestand ich vor der Prüfungskommission am Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 4. Juli 1911 vor der Hohen Juristischen Fakultät der Kgl. Universität zu Breslau das examen rigorosum. Während der ersten Amtsgerichtsstation war ich bei dem Kgl. Amtsgericht in Steinau a. O. tätig. Hierauf wurde ich in den Oberlandesgerichtsbezirk Marienwerder übernommen und befinde mich gegenwärtig in der Rechtsanwaltsstation zu Danzig.